Referent Prof. Dr. Nagler.

Die Möglichkeit einer Vormerkung oder eines Widerspruchs auf Grund der Gläubigeranfechtung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Großherzoglich Badischen Albert-Ludwig-Universität in Freiburg

vorgelegt von

Werner Arendt

aus Berlin

Berlin
Buchdruckerei E. Brückmann
1914

Meinen Eltern.

Literatur.

Bendix, Sicherung des Anfechtungsberechtigten im Falle einer Grundstücksveräußerung gegen Verfügung des Erwerbers (Recht 1902. 505 ff)

„ Die Vormerkung des neuen Rechts (Gruchots Beiträge, 49. Jahrgang, 2. und 3. Heft, S. 288 ff.

Bernhardi, Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898. Berlin 1903.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundrecht. Jena 1901.

„ Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl.

Blumenthal, Die Wirkung der Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses. Heidelberg Diss. 1909.

Bolck, Vormerkung und Anfechtungsgesetz. (DJZ 1902, 343).

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht. Stuttgart 1884.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig, Bd. I. 1900, Bd. II. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. IV. Aufl. Halle a. S. 1905—10.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II, 1. 9. Auflage. Berlin 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgem. Teil. Marburg 1911.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. I. Teil. Berlin 1908.

Fischer-Schäfer, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen. Berlin 1910.

Fitting, Kommentar zur Konkursordnung, III. Aufl. Berlin 1904.

Fromherz, Dingliche Sicherung des Anfechtungsanspruchs. Recht 1907, Nr. 14.

Fuchs, Zur Lehre von der Vormerkung (LZ VII, Nr. 1 und 2).

Gaze, Die rechtliche Folge der Anfechtung einer anfechtbaren Rechtshandlung im Konkurse. Berlin 1903.

Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II, Leipzig 1905.

Grabner, Die Sicherung des Anfechtungsrechts außerhalb des Konkursverfahrens bei Grundstücksveräußerung durch einstweilige Verfügung. (Zentralbl. für freiw. Gerichtsbark. und Nor. 1908, 89 ff.)

Güthe, Grundbuchordnung, 1911.

Hertmann-Meikel, Gesetz betr. die Anfechtung eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879, 20. Mai 1898. Berlin 1913.

Hellmann, Die rechtl. Natur der Gläubigeranfechtung, Seuffert Bl. Bd. 70, Jahrgang 1914.

„ Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.

Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1903—09, Leipzig.

„ Anspruch und Klagerecht, 1900, Jena.

„ Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Berlin 1907.

„ Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses auf der Grundlage des Gesetzes vom 21. Juli 1879, Berlin 1905.

Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, Frankfurt a. M. 1906.

Kleinfeller, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung. DJZ 1903,

„ Lehrbuch Nr. 16/17 des Konkursrechts, 1912.

Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot (in Festgabe für Prof. Güterbock), Berlin 1910.

Kohler, Konkursrechtliche Studien (Archiv Ziv.-Pr. Bd. 81).

„ Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.

„ Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.

„ Leitfaden des deutschen Konkursrecht, Stuttgart 1903.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, Berlin 1906.

„ Die Art der Rückgewähr eines Grundstücks bei der Anfechtung und im Konkurs, RM, 1909.

Kurlbaum, Ueber die Geltendmachung der Gläubigeranfechtung, JW. 1905, Nr. 1.

Lenel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht, Leipzig 1903.

Lenhard, Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung, ZZPr. Bd. 38, S. 165 ff.

Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger, nach dem Rechte vom Januar, München 1900.

Mayr, Wirkt die Gläubigeranfechtung nunmehr dinglich oder obligatorisch? JW 1902, 613 ff.

Meisner, Ueber die juristische Natur des Anfechtungsrechts, insbesondere mit Rücksicht auf die Anfechtung der durch Stellvertreter vorgenommenen Rechtshandlungen. (Gruchots Beiträge, 4. Folge, Jahrgang 1888, S. 204.)

Merzbacher, Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, München 1903.

Meyer, Konkursordnung für das deutsche Reich, 1899.

Mitteis, Zur Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte, Iherings Jahrb. 28, S. 85 ff.

Müller, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger innerhalb und außerhalb des Konkurses, mit Beziehung auf die Anfechtungslehre des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Tübingen 1902.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, unter Berücksichtigung der Ausführungsbestimmungen sämtl. Bundesstaaten, insbesondere Preußen, 4. Auflage.

Oertmann, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung, ZZPr. Bd. 33, S. 1 ff.

Petersen=Kleinfeller, Konkursordnung, 4. Aufl. 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 3. Sachenrecht, Berlin 1906.

Predari, Grundbuchordnung 1913.

Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1908.

Rahmer, Der Anfechtungsanspruch im Grundverkehr und seine Sicherungsmittel. Diss. Heidelberg 1909.

Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893.

Reichel, Die Vormerkung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 46, S. 59 ff.).

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Band 2, Berlin 1913.

Riehl, Das System des deutschen Gläubigeranfechtungsrechts (Gruchots Beiträge, Bd. 53, S. 161 ff., 497 ff.).

Rintelen, Zum Anfechtungsrecht. Recht, IX. Jahrg. Nr. 9.

Schneider, Erfüllung oder Erschöpfung des Anfechtungsanspruchs, Leipzig Z. I, 715 ff.

Schwarzer, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung, Diss. Breslau 1912.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts (Festgabe für Koch 1903).

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899.

Silbermann, Die Konkurspauliana, München 1902.

Sohm d. j., Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage, Leipzig 1908.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht. München und Berlin 1912.

Strohal, Ueber relative Unwirksamkeit (Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Wien 1911).

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, I. Bd. das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Paderborn 1906.

Voß, Ueber den Begriff Unwirksamkeit in § 29 der Konkursordnung und § 1 des Anfechtungsgesetzes, Ihering, Jahrb. 1907, 51. Band, S. 413 ff.

„ Ueber das Verhältnis zwischen relativem Veräußerungsverbot nach BGB, Ihering Jahrb., Bd. 60, S. 293 ff.

„ Ueber das Verhältnis der Konkursanfechtung und Gläubigeranfechtung nach eröffnetem Konkurse (§ 13 Anf.-G vom 17. bis 20. Mai 1898) Iherings Jahrb. 1904, Bd. 47, S. 232.

Walsmann, Der Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners auf die Einrede des Gläubigeranfechtungsrechts, Iherings Jahrbuch, Bd. 49.

Wendt, Die Konkurs- oder Gläubigeranfechtung, Archiv ZivPr. 1901, S. 442 ff.

Wienstein, Können Scheingeschäfte nicht unter Berufung auf die Nichtigkeit, sondern auch nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Anfechtung von Rechtshandlungen angefochten werden? (Gruchots Beiträge, Bd. 48, S. 705 ff.)

Willenbücher, Die Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz, Berlin 1909.

Wolff, M. (Enneccerus-Kipp-Wolff) Sachenrecht, Marburg 1913.

„ Anzeige von Jaegers Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses, ZZPr. Bd. 36.

Wolff, Th., Konkursordnung nebst Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898, Komm. Berlin 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

„ des Kammergerichts.

„ des Obertribunals.

„ in Rechts- und Verwaltungssachen aus dem Bezirk des OLG Frankfurt a. M., herausgegeben von der Jur. Ges. zu Frankfurt a. M., Bd. 45, Heft 3 u. 4.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Reichstagskommissionsberichte, V. Session, 1897/1898.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

Einleitung.

Die Frage, ob eine Vormerkung oder ein Widerspruch auf Grund der Gläubigeranfechtung möglich ist, ist im Konkurse und außerhalb des Konkurses für die Gläubiger von weittragender Bedeutung. Denn in beiden Fällen genügt es nicht, daß die anfechtbaren Rechtsgeschäfte des Schuldners unwirksam sind; es kommt vielmehr vor allem darauf an, diese Unwirksamkeit den Gläubigern nutzbar zu machen, ehe es zu spät ist. Einem auf die Vereitelung der Gläubigerrechte bedachten Schuldner oder Dritterwerber ist es aber gar nicht schwer, die vom Gesetze aufgestellte Unwirksamkeit illusorisch zu machen. Und zwar gelingt dies z. B. bei dinglichen Verfügungen auf dem Wege Rechtens über das Grundbuch: gegenüber dem guten Glauben eines Neuerwerbers steht die Unwirksamkeit zurück (vgl. § 40, II² KO., § 11, II² Anf.G.).

Dieses unangenehme Resultat zu vermeiden, scheinen an sich die grundbuchlichen Schutzmittel Vormerkung oder Widerspruch geeignet; denn beide haben die Kraft, den guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches zu zerstören. Wenn es also dem Konkursverwalter oder Gläubiger gelingt, Vormerkung oder Widerspruch auf Grund des Anfechtungsrechtes im Grundbuch eintragen zu lassen, — dann mag die Realisierung der „Rückgewähr" (§ 37 KO., § 7 Anf.G.) immerhin einige Zeit in Anspruch nehmen, eine Schädigung entsteht nicht; es gibt keinen guten Glauben auf Grund des Grundbuchs mehr.

Ob aber Vormerkung oder Widerspruch den schutzsuchenden Gläubigern zu Gebote stehen, diese Frage ist lebhaft bestritten.

Es ist das eine Folgeerscheinung der Stellungnahme zu den Wirkungen der Gläubigeranfechtung überhaupt.

Die Anhänger der Schuldrechtslehre[1]) behaupten, die Anfechtungswirkung sei ein obligatorischer Anspruch auf Rückgewähr; dieser erschöpfe sich außerhalb des Konkurses in einem Anspruch auf Bereitstellung zur Zwangsvollstreckung, im Konkurse dagegen sei das weggegebene Vermögensobjekt „zur Masse" zurückzugewähren. Daher verneinen sie die Möglichkeit eines Widerspruches in beiden Anfechtungsfällen, halten aber eine Vormerkung im allgemeinen für möglich im Konkurse, nicht dagegen außerhalb des Konkurses.[2])

Die Anhänger der Dinglichkeitslehre[3]) erklären, die Wirkung der Anfechtung sei verfügungsvernichtend (wie im § 142 BGB.), daher falle das weggegebene Vermögensobjekt ohne weiteres in das Vermögen des Schuldners zurück. Sie verneinen die Möglichkeit einer Vormerkung auf alle Fälle, da es an dem obligatorischen Anspruch fehle, bejahen aber prinzipiell in beiden Anfechtungsfällen die Möglichkeit der Eintragung eines Widerspruchs.

Danach erscheint eine Stellungnahme zu diesen Lehren unbedingt erforderlich. In der Tat hängt die Frage, ob überhaupt an eine Vormerkung oder einen Widerspruch gedacht werden kann, von der Entscheidung ab, ob die Wirkung der Anfechtung im Konkurse und außerhalb des Konkurses obliga-

---

[1]) Lit. ist aufgezählt bei Jäger zu § 29 KO. Anm. 10 und Anfechtungsgesetz § 1 Anm. 15; vgl. auch noch Hartmann-Meikel 36, 87; Merzbacher 6; Bernardi zu § 7 und 9; Sohm 89 ff.

[2]) So besonders Biermann Sachenr. 88; vgl. ferner Jäger, KO. S. 447, Anm. 14 zu § 37 KO.; Predari, Einl. § 8 S. 103; Güthe, Anm. 6 zu § 25 GBO. S. 586; A. M. Goldm. Lilienthal, Anm. 15 zu § 40, der im Falle des Konkurses die Möglichkeit einer Vormerkung zum Schutze der Kgläub. und bei der Anf. zum Schutze der Anfgläub. bestreitet.

[3]) Siehe vor allem Hellwig, Verträge § 58; Zeitschr. f. Ziv. Pr. 26, 474 ff.; Anspruch und Klagerecht 81, 260; Lehrbuch d. Ziv. Pr. § 23; Hellmann Seufferts Blätter 401 ff.; Kipp bei Windscheid, II, 1020 ff.; im übrigen vgl. die Lit. bei Jäger a. a. O.

torisch oder dinglich ist. Ist die Dinglichkeitslehre richtig, so ist offensichtlich eine Vormerkung unmöglich, ist die Schuldrechtslehre richtig, so kann ein Widerspruch nicht in Frage kommen.[4]) Allerdings ist damit noch keineswegs ohne weiteres sicher, ob nach der Dinglichkeitslehre ein Widerspruch und nach der Schuldrechtslehre eine Vormerkung möglich ist. Denn es ist sehr wohl möglich, daß auch bei Annahme der Dinglichkeitslehre das Grundbuch noch richtig bleibt und bei Annahme der Schuldrechtslehre kein eintragsfähiger Anspruch zur Entstehung kommt.

Danach zerfällt unsere Untersuchung in zwei Teile. Im ersten Teil nehmen wir zur Anfechtungslehre Stellung, weil dies für die Zwecke der Arbeit erforderlich scheint, im zweiten Teil prüfen wir, ob die gefundenen Ergebnisse eine Vormerkung oder einen Widerspruch rechtfertigen.

---

[4]) Vgl. einstweilen über die Frage z. B. Jäger, KO. zu § 29, 14. Anm.; Fischer u. Schäfer, 207 f.; Gaze, 28; Hellwig, Ztschr. f. ZP., 481; Güthe, II, 561 (mit reicher Literatur); Oberneck, I, 435; RG. 60, 423; 67, 39; Thurnau-Förster, I, 116 f.

1. Teil.

Die Wirkung der Gläubigeranfechtung im geltenden Recht.

§ 2.

I. Wesen und Zweck der Gläubigeranfechtung.

Es ist davon auszugehen, daß eine Person für ihre Schulden persönlich, d. h. mit ihrem ganzen beschlagsfähigen Vermögen haftet. Man spricht mitunter diesen Satz dahin aus, daß die Schulden eine Art dingliche Belastung des Vermögens seien.[1] Diese Idee ist so bedeutsam ausgeprägt, daß es sogar dem Schuldner in großem Maße unmöglich ist, das Vermögen oder auch nur Vermögensstücke dem Haftungsverhältnisse zu entziehen.

Auf diesem Gesichtspunkte beruht die Haftung des Vermögensübernehmers nach § 419 BGB., § 25 ff. HGB., die Haftung des Erben, des Erbschaftskäufers für die Schulden des Erblassers; hier gilt überall der Satz: „Wer das Vermögen hat, hat mit dem Vermögen für die Schulden einzutreten,“ [2]) ohne daß hieran durch Vertragssatzung etwas geändert werden könnte. Auf dem gleichen Gesichtspunkte beruht aber auch die Gläubigeranfechtung. Freilich besteht ein Unterschied gegenüber den eben angezogenen Fällen. Während dort nämlich der Vermögenserwerber selber Schuldner wird, also die

---

1) Vgl. Hellwig, Lehrbuch I, S. 225 und 287.

2) Kohler, Lb. BGB. II, 151.

Schulden dem Vermögen nachfolgen, bleibt in diesen Fällen der bisherige Schuldner allein verhaftet, aber die weggegebenen Vermögensstücke müssen dem Zugriffe der Gläubiger wieder bereitgestellt werden: dort gehen die Schulden auf den Erwerber über, hier werden die Vermögensstücke „als noch dem Schuldner gehörig“ behandelt, in beiden Fällen aber wird das Vermögen dem Zwecke der Schuldentilgung erhalten.[3]) Fälle der Gläubigeranfechtung kennen wir zwei Gruppen; einen Fall zugunsten der Gläubigergesamtheit: im Konkurse des Schulners, einen Fall zugunsten jedes einzelnen Gläubigers: außerhalb des Konkurses bei Benachieiligung eines Gläubigers in der Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen. In beiden Fällen handelt es sich um Rechtshandlungen, denen nach allgemeinen bürgerlichen Rechtsgrundsätzen kein Mangel anzuhaften braucht, die voll wirksam sein können, ja es wird sogar mitunter (allerdings zu Unrecht) angenommen, daß sie vollwirksam sein müßten.[4]) Aber die Rechtshandlungen hätten im Hinblick auf die Gläubiger und deren Befriedigungsrecht nicht abgeschlossen werden dürfen; die Vermögensstücke, die weggegeben wurden, müßten eigentlich noch im Vermögen des Schuldners sein, sodaß die Gläubiger sie zu ihrer Befriedigung benützen könnten. Daß ihnen dies trotzdem möglich werde, dazu dient die Gläubigeranfechtung. Denn an sich kann der Gläubiger seine Hand nur auf solche Gegenstände legen, die dem Schuldner gehören; das Vermögen dritter Personen unterliegt nicht ihrem Zugriff.

Die Anwendungsfälle und die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung sind für den Konkurs in den §§ 29 ff. KO. für die außerkonkursmäßige Anfechtung in dem Anfechtungsgesetz vom 20 Mai 1898 genau festgestellt und geordnet. Nur in den dort aufgeführten Fällen liegt eine Vermögensweggabe vor, die sich die Gläubiger nicht gefallen zu lassen brauchen.

---

[3]) Vgl. hierüber Jäger, KO. 300 ff, Anf.G. 22 ff.

[4]) Vgl. zu dieser Frage Hellmann Seufferts Blätter, 418; Wienstein Gruchots Beiträge, 48, 705 ff.; Lenhard, 208 f.; Jäger, KO. § 29, Anm. 1.

II. Die Wirkung der Gläubigeranfechtung.

§ 3.

a. Grundlage der Untersuchung.

Zunächst muß ein richtiger Ausgangspunkt für unsere Untersuchung gefunden werden. Der Grund des Streites in der Lehre von der Gläubigeranfechtung liegt in der Aenderung der KO. und des Anfechtungsgesetzes, die im Anschluß an die große Kodifikation des bürgerlichen Rechts im BGB. vorgenommen wurde. Daß nämlich mit Rücksicht auf das im BGB. geregelte Anfechtungsrecht geändert wurde, ist eine unumstößliche Tatsache; aber was man mit der Aenderung bezweckte und namentlich was man mit der Aenderung erreichte, das ist die große Streitfrage.

Meist wird bei der Behandlung der Anfechtungslehre unterstellt, daß vor der Aenderung fraglos eine Anfechtungserklärung (im Sinne des jetzigen § 143 BGB.) zur Auslösung der Anfechtungswirkung weder genügend noch nötig gewesen sei, und weiter, daß die Anfechtungswirkung nur eine schuldrechtliche gewesen sei. Das tun prinzipiell beide Lager. Daraus wird dann von den Anhängern der Schuldrechtslehre gefolgert, daß die neue Lehre beweispflichtig sei — und wenn ihr der Beweis dafür, daß die alte Lehre umgestoßen und die Anfechtung der Lehre des BGB. angepaßt worden sei, nicht gelinge, so sei die Aenderung zu ignorieren oder mit der alten Lehre in Einklang zu bringen.

Demgegenüber behauptet Hellmann Seufferts Blätter S. 406 einmal: „Wenn nun auch nicht zu leugnen ist, daß es zweckmäßig gewesen wäre, überall im Anfechtungsgesetz den Ausdruck Anfechtungsanspruch zu beseitigen, und daß eine sorgfältige

Redaktion dies auch getan hätte, so kann es doch, nachdem es nicht geschehen, keinem Zweifel unterliegen, daß die Gesetzesauslegung nunmehr vor der Aufgabe steht, den mit den vollzogenen Textänderungen verfolgten Zweck herauszustellen[1]) und die Vereinbarkeit dieses Zweckes mit der Beibehaltung des Ausdruckes „Anfechtungsanspruch“ darzutun, nicht aber diesen letzteren als Beweisgrund dafür zu verwenden, daß die ganze Veränderungsarbeit eine vergebliche gewesen sei.“

Es ist klar: Hat Hellmann Recht, daß vor 1900 die Schuldrechtslehre zu Unrecht die absolut herrschende war, vielmehr schon vor 1900 im Gesetze selber die Dinglichkeitslehre anerkannt war, so ist der Ausgangspunkt im Streite ungerechtfertigterweise zuungunsten der Dinglichkeitslehre verschoben, und hat Hellmann Unrecht, so bleibt noch stets die zutreffende Behauptung, daß geändert wurde, von dieser Tatsache hat man auszugehen. Hierbei ist dann aber ganz ohne Voreingenommenheit für die eine oder andere Lehre zu prüfen: weshalb geändert und was geändert wurde und welche Bedeutung dieser Aenderung zukommt.

Wir gehen daher zunächst kurz auf den Stand der Lehre vor 1900 ein.

---

[1]) Vgl. ebenso Lenhard, 173.

§ 4.

b. Die Schuldrechtslehre ist die richtige Lehre für das Anfechtungsrecht vor 1900.

In der Doktrin des gemeinen Rechts hatte der Begriff „anfechten" eine Doppelbedeutung:[1]) es gab eine obligatorische und eine dingliche Anfechtung. Jene bestand darin, daß ein durch Klage oder Einrede zu verfolgender Wiederausgleichsanspruch gewährt wurde. Dieser Anspruch war eine Wirkung des der Anfechtung ausgesetzten Tatbestandes; er richtete sich und konnte sich nur richten gegen die wirtschaftliche Bedeutung des anfechtbaren Tatbestandes. Die dingliche Anfechtung hingegen bestand darin, daß mit der erfolgreichen Anfechtung die Rechtswirkungen der anfechtbaren Handlung erloschen; die Rechtsfolgen waren als nie vorhanden gewesen zu behandeln; auch diese Anfechtung war durch Klage durchzuführen; „denn eine Anfechtung durch Privat-Willenserklärung, wie sie das BGB. kennt, war im damaligen Rechte ohne Vorgang."[2])

Für die Gläubigeranfechtung — den Kampf des Gläubigers um die Wiedererlangung der seinem Zugriff entzogenen Werte des Schuldners — war die obligatorisch wirkende Anfechtung durchgedrungen.[3]) Auf Grund der benachteiligenden Rechtshandlungen des Schuldners stand dem Gläubiger ein Rückgewähranspruch zu (§ 30 KO. I, § 7 Anf.G. I). Daß dem so sei, war vor 1900 durchaus herrschende Lehre. Nur ganz vereinzelt trat die Behauptung auf, die Anfechtung habe dingliche Wirkung.[4]) Es mag hervorgehoben werden, daß auch z. T. diejenigen, die für das heutige Recht die Dinglichkeitslehre vertreten, der Ansicht sind, daß nach altem Recht die Schuldrechtslehre die richtige gewesen sei. So sagt Hellwig, Ver-

[1]) Vgl. Regelsberger, I, 634; Mitteis, 119 ff.

[2]) Hellmann Seufferts Blätter, 408, Anm.

[3]) Ueber die geschichtl. Entwickelung vgl. namentlich Kohler, Leitf. § 20, u. Lb. d. K. R. S 234 ff. u. dort zit. über die Anfechtung im r. R., vgl. Lenel, I ff.

[4]) Vgl. die bei Petersen-Kleinfeller zu § 22 KO. zit.

träge 380: „In dem Zusammenhange des bisherigen Rechts sind sie (nämlich die Ausdrücke „Anfechtung", „anfechten", „anfechtbare Rechtshandlungen") allerdings in dem obigen Sinne der obligatorischen Anfechtung zu verstehen." Und Kipp, 1021: „Man mußte sich mit der obligatorischen Wirkung der Anfechtung begnügen, weil aus dem Texte der KO. und des Reichsgesetzes eine dingliche Wirkung allerdings nicht nachgewiesen werden konnte."

Dagegen behaupten einige andere Vertreter[5]) der Dinglichkeitslehre, diese wäre auch schon in den alten Gesetzen enthalten gewesen. Voß, 429, gibt zwar zu, daß die äußere Gestalt der Gesetze von 1877 und 1879 keine Entscheidung gäbe, wohl aber der innere Zusammenhang der Gesetze mit ihren unmittelbaren Vorbildern, der preußischen KO. vom 8. Mai 1855 und dem Anf.G. vom 9. Mai 1855.

Das wird folgendermaßen erwiesen. Diese preußischen Gesetze geben dem Gläubiger die Befugnis, Rechtshandlungen des Schuldners als ungültig anzufechten. Diese Anfechtung ist aufzufassen „als eine Gegenwirkung des Anfechtenden gegen das, was man den Rechtsbestand[6]) der angefochtenen Rechtshandlung nennen muß." „Das geht nicht etwa bloß aus der Verwendung des Ausdrucks „Ungültigkeit" hervor, sondern mit unmißverständlicher Deutlichkeit aus der Behandlung der Gegenleistung des Anfechtungsgegners" gemäß § 107 KO. von 1855 und § 13, I, Anf.G. von 1855.[7]) Diese Erstattung der

[5]) Gaze, 3 ff.; Fitting, 220; Hellmann Seufferts Blätter, 406 ff.; Voß, Unwirksamkeit, 411 ff.

[6]) Wird in einer Anm. dahin erläutert: „hier wird der Begriff „Rechtsbeständigkeit" gleich der intensiven Bestandsfähigkeit, der „Bestand" hingegen als die extensive Schrankenlosigkeit seiner normalen Wirkungen gedacht."

[7]) Diese lauten: und zwar § 107 KO. vom 8. Mai 1855: „Dem Erwerber muß seine Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevorteilen, so kann er die Gegenleistung aus der Masse

Gegenleistung zeigt deutlich, daß nicht nur eine wirtschaftliche Wiederausgleichung stattfindet, sondern die Wirkungen werden weggeräumt, beseitigt; es greift die Anfechtung nicht bloß in die wirtschaftlichen Folgen ein, sondern in den Rechtsbestand der angefochtenen Rechtshandlung. Und dieses im scharfen Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht, wo etwas derartiges nicht stattfand. „Mit Grund läßt sich hiernach behaupten, daß die preußische KO. vom 8. Mai 1855 und das preußische Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855 durch die Bezeichnung der Gegenwirkung der verkürzten Gläubigerschaft (der Einzelgläubiger) als „Anfechtung" diesen Rechtsbehelf auf eine ganz neue und von den Grundsätzen des gemeinen Rechts sich entfernende Grundlage gestellt haben. Sie fassen die Gegenwirkung auch nicht als lediglich wirtschaftliche Wiederausgleichung der Verkürzung zugunsten der benachteiligten Gläubigerseite, sondern als rechtliche Hinwegräumung des Geschäfts, das die Ursache des nachteiligen Dritterwerbs bildet." „Auf den preußischen Gesetzen von 1855 aber fußen die KO. von 1877 und das Anf.G. von 1879. Man ist daher zu der Annahme berechtigt, daß auch diese Gesetze die Anfechtung nicht in dem vergleichsweise untechnischen Sinne erfaßt haben, wie sie bei Bezeichnung der gemeinrechtlichen actio Pauliana als Anfechtungsklage vorausgesetzt werden muß, sondern in dem besonderen technischen Sinne der juristischen Gegenwirkung gegen den Rechtsbestand der anzufechtenden Handlung, wie er in den preußischen Gesetzen von 1855 zur Verwendung gekommen ist."[8])

nur insoweit zurückfordern, als letztere dadurch nicht reicher geworden ist." § 13, Abs. 1, Anf.G. vom 9. Mai 1855: „Gegen Rückgewähr des Empfangenen muß dem Erwerber seine etwaige Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung nur zum Scheine oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevorteilen, so kann er sich wegen Erstattung der Gegenleistung nur an den Schuldner halten."

[8]) Wie sich Voß die dingliche Wirkung der Anfechtung im einzelnen vorstellt, interessiert an dieser Stelle noch nicht.

Hierzu ist folgendes zu bemerken: Voß ist, soweit wir sehen, der einzige, der in der preußischen Gesetzgebung von 1855 und damit der Reichsgesetze von 1877, 1879, 1898 ein bewußtes Verlassen und Ingegensatztreten zu dem römischen Recht und gemeinen Recht (und natürlich auch den früheren preußischen Gesetzen) sieht; alle Schriftsteller sind einstimmig anderer Ansicht.

Der Meinung von Voß kann nicht beigetreten werden. Schon der Umstand spricht dagegen, daß trotz dieses gewollten Gegensatzes sich die Meinung von der obligatorischen Wirkung der Anfechtung für das Reichsrecht fast widerspruchslos bilden konnte und nach 1855 niemand auf diesen Gegenstand gekommen wäre.[9] Weiterhin müßte es doch sehr Wunder nehmen, daß die Mot. zu den Gesetzen von 1877, 1879, die sich nach Voß doch bewußt auf jenen Standpunkt stellten, sich nicht klar für die dingliche Wirkung aussprechen, sich vielmehr neben Stellen in den Mot., die für die dingliche Wirkung sprechen (siehe weiter unten) auch solche finden, die unbedingt für die obligatorische Wirkung sind. Entscheidend fällt aber ins Gewicht, daß gerade die beiden Ecksteine der Vossischen Lehre in den Gesetzen von 1877, 1879 gefallen sind. Denn die „Ungültigkeit" wurde gestrichen und in „Unwirksamkeit" verwandelt, und die Gegenleistung ist wenigstens in der Gestaltung der Gesetze von 1855 gefallen. Wie Voß, 435, hierbei noch glauben kann, daß seine Annahme nicht ausgeschlossen sei, vielmehr in jenen Aenderungen „nur eine Abschwächung der Gegenwirkung" zu finden sei, ist nicht recht einzusehen. Vielmehr, wenn man Voß selbst für die preußischen Gesetze von 1855 Recht geben müßte, so wäre doch unbedingt für die Gesetze von 1877, 1879 zu behaupten, daß sie gerade wieder die dingliche Wirkung zugunsten der obligatorischen beseitigt hätten, daß man, wie man (nach Voß) bewußt 1855 den Stand der gemeinrechtlichen Lehre für das preußische Recht verließ, wieder bewußt zu ihr zurückgekehrt sei. Es ist daher Voß nicht zuzugeben, daß sein

[9]) Vgl. allerdings auch preuß. Obertribunalenentsch., z. B. 73, 121 ff. und dazu Meißner, 237 ff.

Beweis, soweit er sich auf die geschichtliche Entwickelung des Anfechtungsgesetzes basiert, geglückt sei. Auf seine anderen Gründe ist erst später zurückzukommen.

Im Gegensatz zu Voß finden Gaze, Hellmann, Fitting die dingliche Wirkung in den Gesetzen von 1877, 1879 selber anerkannt; und zwar für § 1 Anf.G. in dem ausdrücklich „als dem anfechtenden Gläubiger gegenüber unwirksam", für § 22 KO. I in der Wendung „als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam." Hierin liegt nach Hellmann, 406: die Anerkennung einer selbständigen Anfechtungsbefugnis, die die Herbeiführung der relativen Unwirksamkeit zum Ziele hat. Der Begriff der Unwirksamkeit war aber zur Zeit der Erlassung der Gesetze von 1877 und 1879 kein juristisch technischer,[10]) er ist daher im Sinne des landläufigen Sprachgebrauchs angewandt und bedeutet danach „Mangel der Wirkung". „Mangel der normalen Wirksamkeit" liegt aber nicht vor, wo nur ein Forderungsrecht besteht auf Vornahme von Rechtshandlungen, wodurch die ökonomischen Folgen der wirksamen Geschäfte wieder beseitigt werden sollen (406). Daher deutet Hellmann „als (unwirksam) anfechten" (407) als „anfechten mit der Folge, daß die angefochtene Rechtshandlung als unwirksam behandelt werden müsse" (407). Das bestätigen ihm die Mot. zur KO. S. 111, die sich die Anfechtungsklage möglicherweise auf ein Doppeltes gerichtet denken, nämlich auf Feststellung der Unwirksamkeit und sodann auf Geltendmachung der Wirkung des Anfechtungsrechtes. „Deutlicher konnte nicht zum Ausdrucke gebracht werden, daß die Anfechtung selbst nicht Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs, sondern Geltendmachung eines Bewirkungsrechts sein solle, eines Rechtes auf richterliche Deklarierung der Unwirksamkeit, als einer selbständigen Befugnis" (408).

Wie Hellmann aus diesem dürftigen Beweismaterial den Vorwurf herleiten will: „Ueber die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung konnte schon damals für unbefangene

[10]) Vgl. dazu z. B. Jäger, KO. 29, 12, Anm. Anf.G. 56; Voß, Unwirksamkeit, 411; Oertmann, Zeitschr. f. Ziv. Pr., 7 ff.

Auslegung kein Zweifel sein" (406), ist nicht leicht begreiflich. Hatte doch fast die gesamte Wissenschaft und Praxis demnach „befangen" ausgelegt!

Was die Beweise Hellmanns aber angeht, so ist zunächst bezüglich der Mot. zu sagen, daß sie sich derart unklar über die Bedeutung der Anfechtung sind, daß sie kaum schlagenden Beweis erbringen können.[11]) Das gibt auch der in seinem Beweise viel vorsichtigere Gaze 4 zu: „Daß hiernach die Mot. nur für die dingliche oder nur für die obligatorische Wirkung sprachen, kann daher nicht behauptet werden." Jedenfalls lassen sich mehr Bemerkungen — wie aus den Zit. bei Jäger KO. 307 ff. und Anf.G. 58 ff. ersichtlich ist — für die obligatorische Wirkung anführen. Wir ziehen die Mot. daher weiter nicht heran. Denn da die Mot. nicht das Gesetz selbst sind, so können wir nur die Beweiskraft ihres juristischen Gedankeninhalts beanspruchen. Dieser aber ist so beschaffen, daß sich beide Parteien auf ihn stützen können; er beweist daher nichts oder mindestens nicht durchschlagend.

Vertritt man die von den Mot. KO. S. 111 offen gelassene Auffassung, in der Anfechtungsklage eine Feststellungsklage zu sehen, so schließt dies die Annahme einer konstitutiven Wirkung des Urteils aus. Das Urteil beschränkt sich darauf, festzustellen, daß die Rechtshandlung unwirksam ist.

Bleibt also das „unwirksam" selber,[11a]) daß es Mangel der normalen Wirkung bedeutet. Weshalb man aber — nicht juristisch-technisch, sondern landläufig — bei einer Rechtshandlung, aus deren Tatbestand als solchem ein Forderungsrecht auf Rückgängigmachen der Wirkungen erwächst, nicht von Unwirksamkeit solle reden können, ist nicht zu ersehen. Jede Rechtshandlung, die in sich einen Mangel trägt, der zur Folge hat, daß ihre Wirkungen, sei es rechtlich beseitigt, sei es ökonomisch ausgeglichen werden müssen, kann man unwirksam nennen. Das muß ja Hellmann selber zugeben, denn Unwirksamkeit im weiteren Sinne ist doch auch — landläufig

[11]) Vgl. hierüber auch H. Müller, 16 ff.

[11a]) Vgl. hierzu Jäger, KO. I, 306, Anf.G. 56 mit Lit.

gesprochen — eine Unwirksamkeit. Und daß endlich die Anfechtung die Unwirksamkeit im allgemeinen Sinne des Wortes zur Folge habe, ergibt sich u. E. unter keinen Umständen, sicherlich aber nicht zweifellos aus der Fassung „als unwirksam anfechten". Unter den Anhängern der Dinglichkeitslehre[12]) nimmt sonst niemand die Unwirksamkeit in § 1, Anf.G. § 29 KO. als Folge der Anfechtbarkeit, sondern als deren Grund. Oertmann, 14, gibt die Möglichkeit der anderen Ansicht zu. Sie ist aber schlechterdings unmöglich. Wenn ich einem Eigenschaftswort die Injektion „als" hinzufüge, so kann dadurch allerdings zweierlei zum Ausdruck gebracht werden, nämlich: einmal eine Begründung und zweitens eine Vergleichung. Wenn ich eine Klage „als unzulässig", „als unbegründet" abweise (Beispiele von Jäger, KO. 306), so geschieht es, weil sie unzulässig usw. ist; ich gebe ein Schreiben zurück „als unleserlich", weil es unleserlich ist; ich werfe Lebensmittel fort „als unbrauchbar", weil sie unbrauchbar sind; ich verlange etwas zurück „als mir gehörig", weil es mir gehört. Dann aber kann man auch sagen: ich behandle etwas „als mir gehörig" — als ob es mir gehörte, wie wenn es mir gehörte. Es ist schlechterdings keine Zusammensetzung mit „als" zu finden, wo dieses die Folge eines Handelns ausdrücken würde; eine solche Ausdrucksweise wäre mindestens „vom Standpunkte der Klarheit und Korrektheit des Stils aus nichts weniger als unanfechtbar."[13]) Und auch damit läßt sich nicht operieren, daß man das „als unwirksam" nur im Zusammenhang mit „den Gläubigern gegenüber" zu begreifen habe. Denn wenn ich etwas als einem anderen gegenüber unwirksam anfechte, dann heißt das immer noch: ich fechte etwas an, weil es dem anderen gegenüber unwirksam ist, und nicht, sodaß es oder damit es dem Gläubiger gegenüber unwirksam wird. Jeden-

---

12) Voß, Unwirksamkeit 457, hält die Unw. dagegen für den Grund der Anfechtung. Vgl. z. B. Jäger, KO. I, 306, Anf.G. § 1, Anm. 26; Oertmann, 14 ff; Lenhard, 175; Kleinfeller, D. J. Z. 386; Petersen-Kleinfeller, 133.

13) Oertmann, 15.

falls aber muß betont werden, daß Hellmann auch nicht einmal den Versuch gemacht hat, zu beweisen, daß Unwirksamkeit die Folge, nicht der Grund der Anfechtung sei. Er behauptet nur, daß die Worte nur die von ihm angegebene Bedeutung haben könnten. Der Wortlaut besagt das Gegenteil, die historische Entwickelung ebenfalls. Diesem Beweise gegenüber hält also die Schuldrechtslehre unbedingt Stand. Damit aber sind alle Einwendungen erledigt, die sich gegen die Richtigkeit der Schuldrechtslehre vor 1900 erhoben haben[14]) und es kann in der Tat wohl davon ausgegangen werden, daß beim Inkrafttreten der heutigen KO. und des Anf.G. die Schuldrechtslehre die mit vollem Recht herrschende Lehre war.

---

[14]) Vgl. auch noch Schwartze, § 10 mit Lit.; Gaze 2 ff.

§ 5.

c. Die Schuldrechtslehre ist auch heute noch die allein richtige Lehre.

Die Schuldrechtslehre ist nicht schon durch die Normen des BGB. über Anfechtung beseitigt.

Auch nach dem Aenderungsgesetze von 1898 blieb die Schuldrechtslehre herrschend und sie ist es noch heute. Aber auch ihre heutige Berechtigung ist bestritten.

Vielfach wird die Ansicht vertreten, daß die obligatorische Wirkung durch die dingliche schon ganz allein durch die Existenz des neuen bürgerlichen Rechts ersetzt werde. Es wird nämlich darauf hingewiesen, daß die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz gar keine in sich geschlossenen Gesetze seien, sondern nur im Zusammenhang mit dem übrigen bürgerlichen Rechte verstanden und angewandt werden könnten und müßten. Beide Gesetze stellten keinen eignen Anfechtungsbegriff auf, sondern setzten ihn voraus; wie aber vor 1900 dies der Anfechtungsbegriff des allgemeinen bürgerlichen Rechtes gewesen sei, so sei naturgemäß für das neue Recht der Anfechtungsbegriff aus dem BGB. zu entnehmen und dieser sei offenbar der, daß die anfechtbare Handlung durch Anfechtung vernichtet werde. (In der KO. und Anf.G. freilich nur relativ.)

Diese Auffassung wird vertreten von Hellwig: „wenn aber, wie es u. E. zweifellos geboten ist, die neue, dem BGB. entsprechend abgeänderte KO. (das gleiche gilt nach ihm für das Anfechtungsgesetz S. 379/380 Anm. 790) als ein einzelner Bestandteil des gesamten neuen Reichsrechts anzusehen ist, so dürfte es schon deshalb sicher sein, daß ein so eminent technischer Ausdruck wie es die „Anfechtung" ist, nunmehr in dem technischen Sinne des BGB. zu nehmen ist."[1]) Dem schließt sich unbedingt an Kipp, 1021: Soll das neue Recht einheitlich gedacht werden, und man hat davon auszugehen, „daß die

[1]) Hellwig, Verträge 381; vgl. auch Zeitschrift f. Ziv. Prozeß 26, 474: „Integrierender Bestandteil des ganzen Reichsrechts."

Satzungen der KO. und des Reichsgesetzes nunmehr im Zusammenhange des BGB. gelesen werden müssen", so muß man dingliche Wirkung annehmen. Für Crome, II 353, ist das ganz selbstverständlich: „Unsere Kodifikation hat alle obligatorischen Anfechtungsrechte und so auch dieses (KO. Anf.G.) beseitigt." Das gleiche von T. Wolff zu § 29 Anm. 10: „Die Wirkung der Anfechtung ist jetzt eine andere als nach bisherigem Recht. Denn nach § 142 BGB. ist ein anfechtbares Geschäft nach der Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen." Die Selbstverständlichkeit, mit der dies angenommen wird, dokumentiert bezeichnend folgender Satz: „A. M. Seuffert S. 220 ohne Angabe von Gründen."

Es muß nun aber entschieden betont werden, daß die Frage so einfach denn doch nicht liegt; selbstverständlich ist die Frage nun schon gar nicht. Allerdings ist es unbestreitbar richtig, daß das BGB. eine Kodifikation des gesamten bürgerlichen Rechts enthält. Aber damit sind doch andere Rechtsgebilde nicht ohne weiteres beiseite geschoben oder außer Kraft gesetzt. Das Verhältnis der Reichsgesetze zu einander bestimmt sich nach a 32, EG. z. BGB. Danach ist die Situation diese: „Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergibt."[2]) Aus dem EG. BGB. ergibt sich nichts. Das BGB. selber regelt allgemein nur die Anfechtung von Rechtshandlungen wegen Willensmängeln. Die Regeln nun, die das BGB. dort für die Anfechtung aufgestellt hat, sind nicht einmal fürs BGB. selber, wo es von Anfechtung spricht, selbstverständlich, denn z. B. § 1343 bestimmt selber erst, daß eine angefochtene Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen sei; das ist also keineswegs selbstverständlich. Das zeigt auch Satz 2, § 1343[1], wo gesagt wird, daß § 142, II. Anwendung findet, was unsinnig wäre, wenn die Anfechtungsregeln ohne weiteres anzuwenden

[2]) Vgl. über die Bedeutung dieses Artikels unserer Frage Kleinfeller, DJZ. 386 ff.; die Einwendungen Blumenthals, 16, gegen Kleinfeller sind völlig unzutreffend und unverständlich.

wären. Das gleiche gilt von den Bestimmungen über die Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit, §§ 2340², 2344. Dagegen ist z. B. bei der Testamentsanfechtung nichts bestimmt. Dort handelt es sich aber auch gerade wieder um die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Willensmängeln. Für andere Rechtsgeschäfle können die allgemeinen Anfechtungsnormen des BGB. nur dann gelten, wenn es sich um dasselbe handelt,[3]) nicht um ganz andere Dinge. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird unseres Erachtens auch geradezu zwingend dargetan dadurch, daß das HGB. § 342, III. beim Konkurs der stillen Gesellschaft ausdrücklich bestimmt: „Die Vorschriften der KO. über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung finden Anwendung." Was sollte es für einen Sinn haben, für die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkung auf die KO. zu verweisen, wenn dort die Anwendung der Grundsätze des BGB. – dem kodifizierten bürgerlichen Recht gegenüber der KO. sowohl wie dem BGB. — selbstverständlich wären? Wäre es so, dann dürfte HGB. überhaupt keine Verweisung haben, oder aber allenfalls Verweisung aufs BGB. als das Hauptgesetz, nicht auf die KO., das Nebengesetz. Nun hat aber in der Tat die Gläubigeranfechtung mit der Anfechtung des BGB., wie Enneccerus, I, 506, richtig bemerkt, „nur den Namen überein". Er nennt auch ebenda die Anfechtung des BGB. „Anfechtung im engeren Sinne". Es ist also die Anfechtung des BGB. keineswegs die Anfechtung schlechthin, sondern eine spezifische Anfechtung für sich, deren Grundsätze ohne weiteres nicht zu verallgemeinern sind. Jedenfalls sicher aber nicht, wo der Name Anfechtung wiederkehrt, einfach schon wegen dieses Namens. Dagegen hat sich mit Recht auch schon längst Jäger, KO. zu § 29 Anm. 12, der von einer „Sklaverei des Wortes" redet, und Kohler, Leitfaden 138, gewandt, welch letzterer zutreffend ausführt, daß dieser Sprachgebrauch[4]) einige Beweis-

---

[3]) Vgl. zum ganzen auch die zutreffenden Darlegungen von Dernburg, I, 29 ff.

[4]) Ueber ihn u. s. Entwickelung Jäger, KO. 307 u. Anf.G. 56 ff.

kraft hätte, „wenn das neue Recht den Ausdruck „Anfechtung" in diesem Sinne neu aufgebracht hätte." Endlich mag noch mit Wendt, 12, auf die ja allerdings nicht zwingende Fassung der beiden Gesetze hingewiesen werden, daß die Anfechtung stattfindet „nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen." Wieso es willkürlich sein soll, diesen Worten den Sinn beizulegen, daß die Anfechtungsbestimmungen der KO. nur aus sich heraus zu bestimmen sind, wie Hellmann, 413, behauptet, ist nicht erfindlich.[5]) Die Normen des BGB. könnten nach all dem in unserem Gesetz sicher nur dann maßgebende Bedeutungen haben, wenn es sich um wesensgleiche Dinge handelte. Das ist aber mit vollem Rechte zu bestreiten."[6])

Im BGB. handelt es sich um Rechtsgeschäfte, die einen inneren Mangel haben und die dieses Mangels wegen umgestoßen werden können; sie sind den nichtigen Geschäften an die Seite zu stellen, nur mit dem Unterschied, daß diese an einem derartigen Mangel leiden, daß die Rechtsordnung ihnen von vornherein jede Rechtswirkung abspricht, dort es aber den Betroffenen selber überläßt, die Geschäfte in das Nichts zu verweisen. Daher nennt mit Recht Enneccerus, I, 501, die Anfechtbarkeit (im Sinne des BGB.) „in Wahrheit eine schwebende, von dem Willen des Anfechtungsberechtigten abhängige Nichtigkeit, verbunden mit der Annahme vorläufiger Geltung."

Ganz anders die Gläubigeranfechtung. Hier sind die Geschäfte an sich gar nicht angreifbar, sie enthalten keinen Bestandsmangel, bleiben auch nach der Anfechtung — selbst nach der Dinglichkeitslehre — weiter in Geltung, nur bestimmten Personen gegenüber soll ihnen die Wirkung genommen werden. Und der Zweck, weshalb das so gemacht wird, doku-

---

[5]) Vgl. auch noch hierzu Jäger, KO. § 29, Anm. 12; Oertmann, 13 f.; RG. 44, 95.

[6]) Vgl. Kleinfeller, DJZ. 387 ff.; Jäger, KO. 308 f.; Oertmann, ZZPr. 9 f.; Voß in Iher. J. 47, 247; Lenhard, 183.

mentiert deutlich die fundamentale Wesensverschiedenheit[7]) zwischen den in Rede stehenden Anfechtungsfällen. Dieser Zweck ist, den Gläubigern das ihrem Zugriffe befangene Schuldnervermögen zu sichern. Dieser Zweck hat mit dem innern Wesen des schuldnerischen Geschäfts gar nichts zu tun. Daraus ergibt sich: die Anfechtung des BGB. beruht auf inneren Mängeln eines von der Rechtsordnung nur vorläufig geduldeten Rechtsgeschäfts — sie ist ein rein materiell-rechtliches Institut. Die Gläubigeranfechtung dagegen ist ein prozessual fundiertes, nur prozessualen Zwecken dienendes Institut, das das Rechtsgeschäft gar nicht angreifen will und nicht anzugreifen braucht; es beruht einfach auf der schon in der Einleitung berührten Idee, daß das Vermögen eines Schuldners zur Schuldentilgung verwandt werden muß, diesem Zwecke nicht entzogen werden kann, daß die Schulden gleichsam das Vermögen dinglich belasten, sodaß die Schuld bald dem Vermögen nachfolgt, oder wie hier der Gläubiger ungeachtet der Weggabe des Vermögens doch noch darauf greifen kann. Nach alledem ist klar, daß die Normen des BGB. über Anfechtung nicht schon deswegen, weil sie da sind, in der KO. und in dem Anf.G. zur Anwendung kommen.

[7]) Trotz Hellmann, 419, der mit Unrecht den in Anm. 1 zit. entgegenhält, sie verwechselten das Wesen der Anfechtung mit ihren Gründen; das Wesen bestehe in Form und Wirkung. Das letzte mag zutreffen, aber hier handelt es sich ja gar nicht um das Wesen der Anfechtung, sondern um das Wesen des Anfechtungstatbestandes, ob sie gleich oder verschieden seien, und danach in der Behandlung gleich oder verschieden zu gestalten seien. Hellmann verwechselt also zwei ganz verschiedene Fragen: das Wesen der Anfechtung mit der Gleichlagerung der eine Anfechtung erzeugenden Tatbestände. Vgl. auch gegen Hellmann Lenhard, 171.

§ 6.

d. Die Schuldrechtslehre ist nicht durch die in den Aenderungsgesetzen von 1898 gebrachten Neuerungen beseitigt.

Es wird weiter behauptet, durch die Neuredaktion der KO. und des Anf.G. sei die Wirkung der Anfechtung umgeändert worden. Als Beweis dafür werden, neben verschiedenen Aeußerungen in den Vorarbeiten, die tatsächlich stattgefundenen Aenderungen angeführt.

Was die Vorarbeiten betrifft — es kommen da drei Punkte in Betracht: eine Bemerkung aus den Mot. zum BGB.,[1]) eine aus der Bundesratsvorlage zur KO.,[2]) eine Aeußerung eines Regierungsvertreters in der Reichstagskommission —,[3]) so muß man ihnen bei der Beweisführung, weil sie Widersprüche enthalten und nicht Gesetz sind, keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen (siehe oben).

Die Mot. zum BGB. bemerken: Außer Betracht gelassen ist der Anfechtungsbegriff, von welchen die KO. §§ 22/24 und das Gesetz vom 21. Juli 1879 ausgehen, die von diesen Gesetzen behandelten Rechtsgebiete fallen nicht in den Bereich des Entwurfs." Dagegen findet sich in der Bundesratsvorlage der Passus, daß man die Anfechtung nicht als Anfechtung aussprach, sondern als Anfechtungsrecht aussprechen müsse. Allerdings wollte man hierdurch nichts gesagt haben darüber, ob die Anfechtung durch Klage oder Einrede oder sonstwie zu bewirken sei. Das wurde erst in der Kommission gesagt: „Ebenso wie im BGB. bei den dinglich wirkenden Anfechtungen die Anfechtungserklärung und beim Rücktritte von einem Vertrage die Rücktrittserklärung genüge, ohne daß es einer Klage bedürfe, so müsse hier bei dem Anfechtungsgesetz die Erklärung des Konkursverwalters gegenüber dem Anfechtungsgegner ge-

---

[1]) Mot. I, 218.

[2]) Reichstagsdrucks. 1897, Nr. 41.

[3]) Reichstagskommissionsbericht 1952.

nügen, daß er anfechte.“ Die Unklarheit und Unentschlossenheit über die vorzunehmende Aenderung und deren Bedeutung springt in die Augen. Man kann unmöglich Hellwig, Verträge, 381, zustimmen, der meint, daß durch diese Worte „geradezu zwingend“ die Annahme der Dinglichkeitslehre geboten sei. Man kann auch nicht Hellmann, 412, folgen, wenn er sagt, daß „wenn man den Anfechtungscharakter des Anfechtungsrechtes ausdrücklich und ohne Widerspruch verneinte,“ man sich doch „bewußt“ war, „daß damit alle Konsequenzen des Begriffs und nicht etwa bloß der Anschluß der Verjährung abgelehnt waren.“ Viel eher wird man Kipp, 1023, beistimmen dürfen, der zugibt, „daß die Revisoren die bewußte Absicht nicht gehabt haben, auch in den Wirkungen die Gläubigeranfechtung derjenigen des BGB. gleichzustellen.“[3a]) Uebrigens versucht Hellmann, 412 Anm., wenig glücklich dem Zugeständnis Kipps die Spitze abzubrechen, indem er meint, Kipp übersehe, daß ja auch als Folge der dinglichen Anfechtung obligatorische Ansprüche auftreten könnten. (Vgl. dazu Hellmann, 420.) Daß aber die Bemerkung des Regierungsvertreters,[3b]) bei einer Verzögerung der gerichtlichen Geltendmachung der der Anfechtung hervorgehenden Ansprüche könne der Anfechtungsgegner sich mit negativer Feststellungsklage behelfen, auf die nur höchst eventuell möglichen obligatorischen Ansprüche der Dinglichkeitslehre abgezielt haben könnte, ist total ausgeschlossen. Die Antwort hätte dann nie und nimmer in dieser Allgemeinheit gelautet. Ueberhaupt ist auch nicht einen Augenblick zu bezweifeln, daß man von den geänderten Wirkungen der Anfechtung irgendwo oder irgendwann einmal gesprochen hatte, wenn man auch nur die geringste Absicht gehabt hätte, sie einzuführen.[4])

Die Aenderungen des Gesetzes selber können aber die Schuldrechtslehre auch nicht umstoßen. Diese Aenderungen

---

3a) Vgl. A. z. B. Jäger, KO. I, 309.

3b) R. T. Komm. Berichte, V. Sess. 1897/1898, S. 1952.

4) Hierüber ist so oft gesprochen, daß wir nicht weiter auf die Frage einzugehen brauchen.

sind allerdings auch das einzige, was gegen die Lehre vorgebracht werden kann. Geändert wurde an verschiedenen Stellen — Hellwig, Verträge 381, meint: „Sorgfältig beseitigt" — der Ausdruck „Anfechtungsanspruch" und ersetzt durch Anfechtung, anfechten usw. Das ist alles, was von Belang sein könnte und findet sich nur im Anf.G., die KO. enthält nichts, was hier in Betracht käme. Im einzelnen ist hier nicht mehr auf diese unzählig oft besprochene Aenderung einzugehen, ob der Ausdruck öfter gestrichen wurde, als er stehen blieb, wie das Stehenbleiben zu erklären sei usw.; es genügt daran zu erinnern, daß beide Lehren den Ausdruck mit ihrer Ansicht in Einklang zu bringen versucht haben und es ihnen ja auch wohl gelungen sein dürfte.[5] Für uns handelt es sich bei dieser ganzen Aenderungsfrage nur um folgendes: Ist die Gesetzesänderung so bedeutsam, daß die anerkannte Schuldrechtslehre dadurch beseitigt ist? Und das ist mit aller Entschiedenheit zu verneinen. Gewiß, es ist ganz richtig, was Hellmann, 416, verlangt: „Man habe den mit den vollzogenen Textänderungen verfolgten Zweck herauszustellen." Dieser Zweck war aber nicht wie oben dargetan, die Wirkungen der Anfechtung zu ändern. Allerdings ist die Aenderung hervorgegangen aus dem Bestreben, die Anfechtung schuldnerischer Rechtshandlungen seitens des Gläubigers der Anfechtung des BGB. anzupassen, aber unter keinen Umständen in den Wirkungen, sondern allenfalls in der Art der Ausübung. Aber es muß betont werden, daß die Aenderung auf einem Irrtum beruhte, auf einer völligen Unklarheit der in ihrem inneren Wesen und Zwecke ganz verschiedenen Anfechtungsfälle. Daher darf dieser durch Irrtum hervorgerufenen Aenderung nur soviel zugestanden werden, als unbedingt ins Gesetz übergegangen ist. Da ist aber in der Tat nur der Ausdruck an verschiedenen Stellen geändert und die Verjährungsfrist in eine Ausschlußfrist umgeändert worden. Alle grundsätzlichen Bestimmungen aber, das ist nam. § 29, 37 KO. §§ 1, 7 Anf.G., sind ungeändert

[5]) Vgl. hierzu namentlich Wendt, 449 ff.; Jäger, KO., I, 310; Hellmann, Lb. d. KR., 373 ff.; Hellwig, Verträge, 380 f.; Kipp, 1034.

stehen geblieben. Diese Bestimmungen enthalten Wesen, Zweck und Wirkung der Anfechtung; diese sind also nicht geändert. Daher ist es ganz richtig, wenn die h. L. aus der Aenderung Konsequenzen für die Wirkung zu ziehen sich weigert. Denn wenn in der Tat diejenigen Bestimmungen, auf denen sich die h. L. aufbaut, unverändert stehen blieben, und die Aenderungen sich auch nach der alten Lehre erklären lassen, zudem die Konsequenzen der Dinglichkeitslehre dem Zwecke und Wesen der Gläubigeranfechtung nicht gerecht werden, wozu sollte man — da ja keine zwingenden Gründe vorliegen — eine wohlbegründete Lehre aufgeben?

Es kommt aber hinzu, daß bei Anerkennung der Dinglichkeitslehre gar nicht einmal das erreicht wird, was doch ihre Vertreter gerade als Hauptstützpunkt ihrer Meinung anführen: nämlich die Gleichheit mit den Anfechtungsnormen des BGB.[6] Wo in aller Welt ist diese Gleichheit? Im BGB. wirkt die Anfechtung auf das Rechtsgeschäft vernichtend ein — eben weil das Rechtsgeschäft von der Rechtsordnung nur provisorisch geduldet war, weil sie es nicht von vornherein selber als nichtig stempeln wollte, sondern es dem Betroffenen überlassen wollte, ob er das Rechtsgeschäft bestehen lassen oder ob er es vernichten wollte. Hier aber wird das Rechtsgeschäft in der Tat nicht vernichtet. Es bleibt zwischen den Kontrahenten unbedingt bestehen, voll und ganz; das gibt die Dinglichkeitslehre auch zu. Nur für die Anfechtenden ist es nicht da. Eine solche Relativität kennt das BGB. zum mindesten bei der Anfechtung nicht. Und doch soll die Anfechtungswirkung gerade des BGB. in die neuen Gesetze hinübergetragen sein. Man sucht diesen Unterschied geflissentlich zu verdecken, als etwas nebensächliches hinzustellen. Das gilt namentlich von Kipps (1022) Polemik gegen Jäger, Anf.G. 60. Gewiß ist es richtig, wenn Kipp sagt, daß ein Rechtsinstitut seine Berechtigung nicht zu erweisen brauche durch den Nachweis eines zweiten gleichen Anwendungsfalles. Aber wenn man ein Rechtsinstitut

[6]) Vgl. hierzu Jäger, KO. I, 308, Anf.G. 60; M. Wolff, 183 ff., Zeitschr. f. Ziv. Pr.; Kleinfeller, DJZ. 386.

gerade wegen seiner Gleichheit auf einen anderen Fall anwenden will, so muß man die Ungleichheit voll hervorkehren. Der Einklang wird dann allerdings zerstört dadurch, „daß man die Besonderheiten anerkennt, die durch Worte der Gesetze . . . . und durch den Zweck des Instituts gefordert werden.“ Das geht aber nicht an, wenn man beweisen will, daß die Anfechtung dinglich wirken müsse, weil sie im BGB. ebenfalls dinglich wirke; in diesem Falle ist gerade der Mangel der gleichen Wirkung, den man geradezu fundamental nennen muß, hervorzukehren; Wirksamkeit und Nichtigkeit schließen sich begrifflich aus. Ist eine Rechtshandlung relativ unwirksam im Sinne der Dinglichkeitslehre, so ist das Wichtigste, was sich daraus ergibt, daß die Handlung nicht nichtig, sondern daß sie wirksam sei; im BGB. aber ist die angefochtene Rechtshandlung nichtig. — „Diese Relativität besagt, daß der anfechtbare Tatbestand im Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Anfechtungsgegner nicht als richtig behandelt werden darf — (was nach BGB. unzweifelhaft anders ist) — während er im übrigen allerdings durch die Anfechtung nichtig wird.“[7]) Also: Im BGB. ist das Rechtsgeschäft zwischen den Kontrahenten nichtig. Und doch: „soll das neue Recht einheitlich gedacht werden, so muß man sich für die Dinglichkeitslehre entscheiden.“ Auf welch schwankender Grundlage die ganze Dinglichkeitslehre ruht, läßt sich am besten aus den Schlußworten Kipps erkennen: „Dem allen nach handelt es sich darum, ob man für ausschlaggebend halten will, daß die Verfasser der Konkursnovelle, wenigstens ihren gedruckten Aeußerungen zufolge die Einführung der dinglichen Wirkung der Anfechtung nicht beabsichtigt haben und einen Paragraph (5) des Anfechtungsgesetzes unverändert ließen, der gegen diese Wirkung spricht, oder ob man sagen will, daß durch die Gestaltung der Anfechtung als einer durch Rechtsgeschäft erfolgenden auch ungewollt kraft der Einordnung des Anfechtungsrechtes in den Rahmen des neuen bürgerlichen Rechts die

---

[7]) Hellmann, 425.

Anfechtung solche dingliche Wirkung angenommen hat, welche schon bisher trotz der herrschenden gegenteiligen Theorie nach Anerkennung rang. Diese Frage stehe ich nicht an — mit Hellwig — im letzteren Sinne zu beantworten."[8]) Damit ist eingestanden, daß es keine zwingenden Beweise für die Dinglichkeitslehre gibt. Dann aber kann sie nicht anerkannt werden.[9])

Es mag aber nicht verfehlt werden, zum Schluß noch ein paar Worte über den Begriff der relativen Vernichtungswirkung selber zu sagen. Man vergegenwärtige sich das an einem Beispiel. Der Schuldner S. hat sein Pferd dem A. anfechtbar verkauft und übereignet. Der Gläubiger G. ficht an durch Erklärung gegenüber dem A. Jetzt ist A. zwar noch immer Eigentümer — Inhaber aller im Eigentum enthaltenen Rechte und Befugnisse. Er ist es dem S. gegenüber und allen Menschen gegenüber, nur dem G. gegenüber nicht, diesem gegenüber ist Eigentümer der S.: dieser selbe S. ist aber sonst niemandem gegenüber Eigentümer. Also das ganze Eigentum ist bei A. und bei S., aber bei S. ist es nur im Verhältnis zu G., zu sonst niemand, und bei A. ist es im Verhältnis zu allen anderen, nur nicht im Verhältnis zu G. Solches relative Eigentum, das nicht in seiner Machtvollkommenheit geteilt ist, sondern nur in seiner Wirkungsrichtung, erscheint uns als eine glatte Vernichtung des Eigentumsbegriffs, der seine Grundlage in seiner Absolutheit hat. In der Tat ist dieser Begriff völlig unbrauchbar und neuestens wendet sich auch mehr und mehr die Wissenschaft von ihm ab.[10]) [11])

[8]) Kipp, 1024.

[9]) Vgl. auch noch insbesondere M. Wolff, 185.

[10]) Vgl. hierüber Jäger, I, 103 ff.; Oertmann, 24 ff.; Fuchs, 15 ff. und die diese Frage ex professo behandelnden Arbeiten von Strohal, Voß JhGb. 60, Knoke, Raape, die alle zu dem gleichen, wenn auch unter einander abweichenden Ergebnis kommen, daß eine relative Unwirksamkeit, wie sie die h. L. behauptet, schlechterdings unmöglich ist.

[11]) Wie der Begriff zu konstruieren ist, das zu erweisen gehört nicht hierher; jedenfalls wird der Konstruktion Strohals die Zukunft gehören. Vgl. auch noch Fuchs, 15 f.

Nach alledem meinen wir, daß wirklich kein Grund vorliege, anzunehmen, daß durch die Kodifikation des BGB. oder die Aenderungen zur KO. und Anf.G. etwas an der Wirkung der Gläubigeranfechtung geändert worden sei.

Allerdings das wird man zugeben müssen, daß die Anfechtung nach neuem Recht[12]) nicht mehr in ihrer Geltendmachung an Klage oder Einrede gebunden sei. Das wird denn auch mehr und mehr angenommen.[13])

Manche sprechen sogar von herrschender Neigung.[14]) Aber wenn man ohne Voreingenommenheit urteilen will, muß man diese Aenderung zugestehen. Es wurde die Verjährungsfrist in eine Ausschlußfrist geändert in der nicht wegzuleugnenden Absicht (siehe oben) einer Anpassung an das BGB. Es ist freilich — und das könnte zur Aufrechterhaltung der alten Lehre auch in diesem Punkte bestimmen — diese Art der Anfechtung nicht direkt im Gesetze festgelegt, ja auch in dieser Beziehung blieben die Paragraphen, die von der Anfechtung im Wege der Klage oder Einrede sprechen, stehen. Aber es muß doch gesagt werden, daß diese Bestimmungen die Anfechtung nicht direkt regeln, sondern nur davon sprechen, was rechtens sei, wenn so angefochten werde. Auch das schlägt nicht durch, daß man fragt,[15]) welchen Zweck könnte eine Anfechtungserklärung haben, wenn doch nur schuldrechtliche Wirkung erzeugt wird. Da ist ja einfach zu sagen: den, das Schuldrecht — den Rückgewähranspruch — zur Entstehung zu bringen, zu dem vorher nur „ein Keim“[16]) vorhanden war. In der Tat

[12]) Nach altem Recht hatte eine besondere Anfechtungserklärung wohl nur Cosack, 219, verlangt.

[13]) S. z. B. Kohler, Ltfd. 138; Seuffert, 220; Kurlbaum, 5; Rintelen, 240 ff.; Linsmayer, 27; Merzbacher, 6; Willenbücher, 60; Lenhard, 174 mit Lit.; Silbermann, 60; Wolmowsky-Kurlbaum zu § 29 Nr. 14; Petersen-Kleinfeller zu § 29 Nr. 11; weitere Lit. siehe Walsmann, 309.

[14]) Vgl. z. B. H. Müller, 20.

[15]) Z. B. Jäger zu § 29, Anm. 59; H. Müller, 25.

[16]) Siehe Kohler, Ltfd. 37.

ist auch dem bürgerlichen Recht sonst eine solche Gestaltung nicht fremd. Man denke an den Rücktritt. Durch Erklärung des Rücktritts werden die Parteien verpflichtet, das Geleistete zurückzugewähren (§ 346 BGB.). Nicht anders ist es bei der Wandlung, wenn man der Wiederherstellungstheorie folgt. Genau so ist es bei der Gläubigeranfechtung. Das Rechtsgeschäft ist voll gültig und ist in sich mangelfrei. Aber der Gläubiger hat ein Angriffsrecht, d. h. er kann erklären, daß er das Rechtsgeschäft, weil es ihn in seiner Zugriffsmöglichkeit verkürze, nicht als wirksam gelten lasse, daß er von dem Erwerber Ausgleichung verlange. Kraft dieses Verlangens ist der Erwerber jetzt verpflichtet, zurückzugewähren, d. h. dem Anfechtenden den Gegenstand zugriffsbereit zu stellen (s. unten). Man denke auch noch z. B. an das Recht des zahlenden Schuldners, vom Gläubiger Quittung zu verlangen: Hier entsteht die Verpflichtung erst und nur mit dem Verlangen. In solchen Fällen spricht man wohl von verhaltenen Ansprüchen. Wir vermeinen, daß sich diese Lehre sehr wohl mit der Schuldrechtslehre verträgt und es ist dann auch der Aenderung des Gesetzes Rechnung getragen.

§ 7.

e. Die Schuldrechtslehre wird nicht erschüttert durch die Lehre von Lenhard.

Es ist noch kurz auf zwei Lehren einzugehen, die auf ganz selbständigem Wege zu der Auffassung dinglicher Wirkung der Anfechtung kommen. Lenhard[1]) geht in seiner Beweisführung von dem unbedingt richtigen Satze aus, daß in § 29 KO. und § 1 Anf.G. die Unwirksamkeit Grund, nicht Folge der Anfechtung sei; die Anfechtung erfolge, weil die Behandlung dem Gläubiger gegenüber unwirksam sei (174). Die Unwirksamkeit aber umfasse nach BGB. als Oberbegriff in sich auch die Nichtigkeit. In § 29 KO. und § 1 Anf.G. könne mit Unwirksamkeit aber nur Nichtigkeit gemeint sein (185 ff.). Die an die Nichtigkeit geknüpften Ansprüche seien dinglicher Natur (über den Begriff S. 177); da die relative Nichtigkeit wesensgleich mit der Nichtigkeit sei — Verschiedenheit bestehe nur in der Wirkung gegenüber dem betroffenen Personenkreis —, so seien die an die relative Nichtigkeit geknüpften Ansprüche auch dinglich. Der Inhalt dieser Ansprüche sei in den §§ 7 Anf.G. und 35 KO. festgelegt, eine Bestimmung, die an sich selbstverständlich (§ 198 f.), deshalb aber noch nicht überflüssig oder gar verfehlt sei. Im Gegenteil. Da das Gesetz nicht an die Spitze den Satz gestellt hätte: „Der Anfechtungsanspruch ist dinglicher Natur", so müßte es jene Bestimmung treffen, denn daraus sei erst die dingliche Natur des Anspruchs ersichtlich, da diese Paragraphen Naturalrestitution fordern, also den Anfechtungsanspruch „so recht zum sachenrechtlichen Wiederherstellungsanspruch" stempeln. Ganz deutlich zeige dies aber § 7 Anf.G., wenn er Rückgewähr des Weggegebenen „als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig" verlange (199). Wenn somit § 1 Anf.G. und § 29 KO. den Gläubigern das Recht gäben, Rechtshandlungen als unwirksam anzufechten, so sei dieses Anfechtungsrecht weiter nichts wie das Recht, die vorhandene Unwirksamkeit, d. h. „relative Nichtigkeit" zur Geltung zu bringen, den aus der Nichtigkeit

---

[1]) Z. Zschr. Bd. 38, 165 ff.

entspringenden Anfechtungsanspruch = Rückgewähranspruch durchzuführen, als vollstreckender Gläubiger durchzuführen, soweit es zur Vollstreckung nötig sei (193). Die Anfechtung aber habe keine materielle Bedeutung, sie sei „vielmehr nur prozessuale Bedingung für die Beachtung der Unwirksamkeit“ (175).

Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Lehre Lenhards in hohem Maße einleuchtend erscheint; es kann demnach auch nicht zweifelhaft sein, daß Lenhard alle übrigen Bestimmungen der beiden Gesetze seiner Lehre einzuarbeiten im großen ganzen gelungen ist. In der Tat könnte diese Lehre Lenhards richtig sein — und hätten wir das Gesetz nur aus sich heraus zu betrachten ohne seinen geschichtlichen Zusammenhang, so wäre Lenhards Versuch vielleicht derjenige, der am besten mit den einzelnen Gesetzesbestimmungen zusammenpaßt — bis auf den § 42 KO., der zu Lenhards Lehre freilich nicht stimmt.[2])

Aber der geschichtliche Zusammenhang und § 42 KO. nötigen dazu, die Lehre Lenhards in jeder Beziehung abzulehnen.

In § 42 KO. wird nämlich eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners, die nach BGB. 892 f., vgl. § 7 Abs. 1 KO., den Gläubigern gegenüber „wirksam“ ist, für anfechtbar erklärt, d. h. sie ist im Sinne der Anfechtung (§ 29 KO.) den Konkursgläubigern gegenüber „unwirksam“. Also, eine Rechtshandlung ist gleichzeitig den Konkursgläubigern gegenüber „wirksam“ und „unwirksam“. Soll das kein Unsinn — ein Widerspruch in sich selbst — sein, so muß „unwirksam“ in beiden Paragraphen eine verschiedene Bedeutung haben.[3]) Und diese verschiedene Bedeutung ist eben die, daß im § 7 KO. „wirksam“ und „unwirksam“ im technischen Sinne gebraucht sind, in § 29 KO. aber im untechnischen Sinne,[4]) eben in dem Sinne, auf den der geschichtliche Zusammenhang hinweist; worüber wir

[2]) Mit § 42 setzt sich Lenhard in seiner Abhandlung nicht auseinander, die Tragweite dieses § 42 ist ihm wie es scheint nicht bewußt geworden.

[3]) So mit Recht Jäger, 308 (gerade gegen Lenhard).

[4]) Vgl. auch noch Voß, 437 ff., 448 ff., der wieder der M. ist, in beiden Paragraphen sei unwirksam untechnisch gebraucht.

oben gesprochen haben. Hieraus ergibt sich mit Evidenz: die anfechtbaren Rechtshandlungen im Konkurse und in dem Anfechtungsgesetz sind keine von vornherein (relativ) unwirksame Rechtshandlungen, sie sind im Gegenteil wirksam im Sinne der heutigen Rechtslehre. Aber sie sind den Gläubigern gegenüber wirkungslos, d. h. sie dürfen diesen in ihrem Vollstreckungsbestreben nicht hindernd in den Weg treten; sie haben, um die Wirkungslosigkeit durchzuführen, ein Angriffsrecht, Anfechtungsrecht genannt.

Lenhard hätte seine Lehre auch nicht aufstellen können, wenn er geschichtlich vorgegangen wäre und nicht rein juristisch-konstruktiv.

Es geht aber nicht an, bei der Auslegung der Gläubigeranfechtung ohne Rücksicht auf das geschichtlich Gewordene nur aus dem Gesetzestext zu konstruieren. Die Entwickelung der Gläubigeranfechtung hat die im deutschen Rechte geltende Nichtigkeit der Fluchtsalgeschäfte überwunden, sie hat sich zur obligatorischen Wirkung der Anfechtung gestaltet. Dieser Entwickelung sind auch die Reichsgesetze von 1877 und 1879, wie oben gezeigt, treu geblieben. Der Beweis, daß sich die jetzigen Gesetze der dinglichen Wirkung zugewandt hätten, läßt sich nicht allein dadurch führen, daß man nachweist, daß sich auch die dingliche Wirkung mit dem Gesetzeswortlaut vereinbaren lasse. Vielmehr müßte hierneben bewiesen werden, daß die Schuldrechtslehre sich nicht mehr aus dem neuen Recht erweisen lasse, oder daß die obligatorische Wirkung beseitigt werden sollte. Dieser Beweis ist aber von Lenhard nicht einmal versucht. Er läßt sich aus dem Gesetze nicht führen; denn diese sind in ihrem fundamentalen Inhalt einfach geblieben, wie sie waren, und die textliche Aenderung ist für die Wirkungsänderung absolut unbeweiskräftig,[5]) ganz abgesehen davon, daß auch die Redaktoren des neuen Gesetzes eine sachliche Aenderung nicht wollen.

[5]) Vgl. hierzu ganz vorzüglich M. Wolff, 185.

§ 8.

f. Die Schuldrechtslehre wird nicht erschüttert durch die Lehre von Voß.

Es ist endlich noch ein letzter Angriff auf die h. L. abzuweisen. Voß, Jher. Jahrb. Bd. 51, S. 413 ff., hat eine Theorie aufgestellt, für die er zwar auch (460) den Namen Dinglichkeitslehre annimmt, die aber mit der bisher besprochenen Dinglichkeitslehre nur diesen Namen gemein hat. Sie setzt sich an sich genau ebenso sehr in Gegensatz zur obigen Dinglichkeitslehre, wie zur Schuldrechtslehre.[1] Seine Theorie ist eine prozessuale Theorie. Denn die Gläubigeranfechtung „fußt nicht auf der privatrechtlichen Vermögensgrundlage des Anfechtungsberechtigten, sondern auf den prozeßrechtlichen Befugnissen des Verwalters und Einzelvollstreckungssuchers (460). Daher verfolgt die Anfechtung auch „nicht den Zweck, die Rechtshandlung, gegen die sie sich richtet, als solche umzustoßen, sondern sie will sie in den abgeleiteten (sekundären) Folgen treffen, die sie für den Bestand des vollstreckungsbereiten Vermögens des Gemeinschuldners (Vollstreckungsschuldners) hat" (458).[2] Die Anfechtung hat gar nicht den Zweck, „in die zwischen den unmittelbaren Geschäftsangehörigen der Rechtshandlung bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse" (458) einzugreifen. Ja sie kann das gar nicht; denn „es ist das Eindringen in fremde Rechtsverhältnisse, insbesondere obligationsrechtlicher Natur, für einen Dritten eine rechtlich unmögliche Sache" (464). Danach kann die Anfechtung mit dinglicher Wirkung (wie Voß sie sich vorstellt) nicht „die Vernichtung des anfechtbaren Rechtsakts nach Analogie der bürgerlichen Anfechtung" (464) sein. Auch nicht als relative Vernichtung; denn „relative Unwirksamkeit ist ein nicht minder fragliches Rechtsgebilde, als wie es die ehemalige relative Nichtigkeit sein würde; Wirkungen einer Rechtshandlung können nur sein oder nicht sein. Werden einer Rechtshandlung gewisse

---

[1]) Man vgl. ihn selber, Jher. Jahrb. 51, S. 460, „an sich ist aber die Gläubigeranfechtung weder dinglicher noch obligatorischer Natur."

[2]) Vgl. auch noch 464.

Wirkungen durch die Gläubigeranfechtung entzogen, dann müssen diese — aber auch nur diese — nicht minder den ursprünglichen Beteiligten gegenüber wegfallen" (458, 59). Es kann die Anfechtung aber auch nicht „als Gegenwirkung gegen eine fremde Rechtshandlung" ein Anspruch, ein „an den Gegner zu stellendes rechtliches Verlangen im Sinne des § 194 BGB. sein" (465). Daher kann sie auch nicht „eine selbständige Rückgewährpflicht" (460) erzeugen. Das Ziel der Anfechtung ist vielmehr „die aus der Feststellung der Unwirksamkeit hervorgehende Berichtigung der tatsächlichen Vermögenslage" (460). Also die (für alle, auch die Geschäftsbeteiligten) wirkende Vernichtung der abgeleiteten Wirkungen der Rechtshandlung für die Ermöglichung der Vollstreckung, ohne daß die Rechtshandlung selber berührt würde. Das Anfechtungsrecht ist ein auf der Unwirksamkeit der Rechtshandlung (unwirksam-„einflußlos für die Herstellung des gewollten Rechtserfolges", 448) beruhendes Gläubigerrecht, kraft dessen „vollstreckungsmäßiger Natur" der Gläubiger „den Schuldner in die Lage eines Vollstreckungsgegners, also eines der Duldung der Vollstreckung an seinem Vermögen unterworfenen Zwangsobjekts" bringt. „Das Recht auf Rückgewähr macht er aus dem Rechte des Schuldners gleich einem Ueberweisungsgläubiger geltend, dessen Schuldner der eigentliche Vollstreckungsgegner und dessen Drittschuldner der Anfechtungsgegner ist" (451).

Auch dieser Lehre gegenüber müssen wir sagen: Gewiß könnte das Anfechtungsrecht so konstruiert, gewiß könnte es so im Gesetze geregelt sein, aber ganz sicher ist unser Gesetz von dieser Regelung noch viel weiter entfernt als von den anderen Auffassungen der Dinglichkeitslehre. Eine ähnliche Auffassung der Anfechtung hatte ja auch schon das preußische Obertribunal[3] vertreten, ohne daß es damit irgendwo Anklang gefunden hätte, weil es sich mit dieser Auffassung von jeder geschichtlichen — und diese hatte und hat im Gesetze ihren Niederschlag gefunden — Entwickelung abwandte.[4]

---

[3]) Vgl. z. B. Entsch. d. Preuß. Obertribunals, 73, 121 ff.

[4]) Vgl. hierzu Meißner, 237, mit zit.

Gewiß, das ist ja nicht zu leugnen, daß die Anfechtung Vollstreckungszwecke verfolgt. Aber deshalb allein muß die Anfechtung doch nicht als prozessuales Recht konstruiert werden. Diese Auffassung von der Anfechtung nur abgeleiteter Rechtsfolgen der Rechtshandlung ist so ungemein fein, daß sie schon deswegen — sicher nicht bewußt — in die Gesetze Eingang gefunden haben kann. Wir wüßten auch keinen Passus in den Gesetzen anzugeben, aus dem auch nur mit annähernder Wahrscheinlichkeit auf eine solche Auffassung geschlossen werden könnte. Dagegen steht ausdrücklich im Gesetz, daß die Rechtshandlungen selber angefochten werden, nicht nur ihre für die Vollstreckung bedeutsamen Folgen. Und so deutlich bestimmen § 37 KO. und § 7 Anf.G. eine Rückgewährpflicht des Weggegebenen, daß man doch unmöglich sagen kann, eine solche Pflicht — wie immer sie gedacht werden mag — sei nicht vorhanden, es gäbe keinen Anspruch. Wir können daher nicht annehmen, daß die Theorie von Voß dem Gesetze entspricht und daß die Schuldrechtslehre dadurch überwunden sei.

§ 9.

g. Resultat.

Eine die Gläubigeranfechtung ex professo behandelnde Arbeit hätte nun noch im einzelnen die Richtigkeit und Vorteile der Schuldrechtslehre nachzuweisen. Diese Aufgabe entfällt für uns. Die Schuldrechtslehre ist so oft und so eingehend „an sich" bewiesen worden, daß es füglich nur lästige Wiederholung wäre. Nach dem Plane unserer Arbeit waren nur die gegen die Lehre erhobenen Einwände zu prüfen; es war nur festzustellen, daß die Schuldrechtslehre die mit Recht herrschende Lehre war und noch ist. Es hat sich gezeigt, daß kein Einwand stark genug ist, die geschichtlich gewordene und sicher einst richtige Schuldrechtslehre zu entkräften. Weder sind die Behauptungen gegen die Richtigkeit der Lehre nach altem Recht durchschlagend, noch können die auf der Aenderung der Gesetze im Jahre 1898 basierenden Einwände für beweiskräftig gehalten werden. Wir dürfen daher den ersten Teil unserer Arbeit mit den trefflichen Worten M. Wolffs, 185, abschließen: „Den Nachweis, daß dieser gefestigte Rechtszustand seit 1900 geändert worden sei, vermag ich mit Jäger nicht als geführt zu erkennen. Das, wenn ich recht sehe, einzige Argument hierfür, das terminologische, dürfte aber schon aus methodischen Gründen abzulehnen sein. Das gewiß berechtigte Ziel, unsere Reichsgesetzgebung als eine geschlossene Einheit zu erfassen, kann schwerlich mit dem äußerlichen Mittel einer Vermutung für die Einheitlichkeit des Sprachgebrauchs unserer Reichsgesetze erreicht werden."

2. Teil.

Die Möglichkeit einer Vormerkung oder eines Widerspruchs.

§ 10.

I. Die Eintragung eines Widerspruchs.

Wir haben uns zum Ziel gesetzt, die Möglichkeit einer Vormerkung oder eines Widerspruchs auf Grund der Gläubigeranfechtung zu erörtern. Beide Rechtsgebilde gehören ausschließlich dem Immobiliarsachenrat an. Die folgenden Darlegungen gehen also nur auf die Rechtsverhältnisse an unbeweglichen Sachen ein.

Die Feststellung, daß die Anfechtungswirkung in der Erzeugung eines obligatorischen Anspruches auf Rückgewähr besteht, hat zur unabweislichen Folge die absolute Unmöglichkeit eines Widerspruchs. Das ist nicht bestritten und kann nicht bestritten werden. Denn der Widerspruch ist nach § 899 BGB. ein Sicherungsmittel gegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs, und zwar kann er angewandt werden unbedingt in allen Fällen, wo das Grundbuch sich als unrichtig erweist (§ 894 BGB.). Unrichtig aber ist das Grundbuch, wenn die materielle Rechtslage nicht mit der im Grundbuche dokumentierten Rechtslage übereinstimmt.[1]) Das ist aber der Fall:

1. wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das überhaupt nicht oder nicht so, d. h. nicht an dieser Stelle oder in dieser Art und Weise eingetragen sein dürfte;

2. wenn im Grundbuch ein Recht nicht eingetragen ist, das eingetragen sein müßte.

[1]) Vgl. M. Wolff, Sachenrecht, 128 ff.; Staudinger, III, 205 ff.

Danach ist klar, daß die Grundlage eines Widerspruchs stets eine Unstimmigkeit in der dinglichen Rechtszuständigkeit sein muß. Niemals aber genügt ein obligatorisches Recht auf Rechtsänderung.[2]) Denn hier wird zwar auch vorgegangen gegen die derzeitige Eintragung im Grundbuch, aber es wird nicht behauptet, daß diese unrichtig sei — und deshalb geändert werden müsse, sondern es wird eine Aenderung des richtigen oder doch nicht angezweifelten Grundbuchs verlangt.

Wie man demnach das Anfechtungsrecht auffassen mag, als sofort existenten obligatorischen Anspruch oder als Gestaltungsrecht zur Erzeugung eines obligatorischen Anspruchs — für einen Widerspruch ist kein Raum.[3]) Denn die materielle Rechtslage wird nicht geändert, nicht zwischen den Beteiligten des anfechtbaren Rechtsaktes noch im Verhältnis zu dritten Personen.

Aber es mag noch kurz dargelegt sein, daß bei Annahme der Dinglichkeitslehre das Resultat das gleiche bleibt. Dies wird zwar fast allgemein verkannt. Die stets wiederkehrende Behauptung lautet so: Ob auf Grund der Gläubigeranfechtung ein Widerspruch oder eine Vormerkung möglich ist, entscheidet sich nach der Stellungnahme zu der Streitfrage über die Natur der Gläubigeranfechtung.[4]) Das wird als selbstverständlich betrachtet. Denn die Anfechtung wirkt doch dinglich, rechtsvernichtend, und wenn die Rechtshandlung vernichtet ist, so ist der frühere Zustand wieder hergestellt, also bei Grundstücksrechten das Grundbuch eben falsch, also ein Widerspruch gegeben. Dabei werden aber zwei Fragen nicht geprüft, die unbedingte Zweifel erwecken müssen, die u. E. unbedingt zur Verneinung des Widerspruchs führen.[5])

---

[2]) Vgl. M. Wolff, Sachenrecht, 132.

[3]) Vgl. Güthe, II, 561 mit Lit.

[4]) So z. B. M. Wolff, Sachenrecht, 135, 5; Jäger § 29; Anm. 14; Reichsgerichtsräte § 883, Anm. 2; Planck zu § 883, Anm. Fitting 222.

[5]) Die richtige Entscheidung findet sich, soweit wir sehen, nur bei Hellmann Lb. d. KR. 355, u Blumenthal 49, allerdings wird auch bei diesen nur der eine Grund herangezogen.

Das erste Bedenken ergibt sich aus der Wirkung der Anfechtung im Sinne der Dinglichkeitslehre. Diese Wirkung ist, wie wir gesehen haben, ja nicht absolute Vernichtung der Folgen der Rechtshandlung, sondern es bewendet bei einer den Gläubigern gegenüber eintretenden Unwirksamkeit. Ueber die Bedeutung dieser relativen Unwirksamkeit kann man sicher streiten; ob sie sich so denken läßt, wie die herrschende Lehre es tut, wurde oben bestritten.[6] Aber hier muß das doch einmal angenommen werden. Dann aber besteht relative Nichtigkeit, d. h. für Grundstücksrechte; der bisher Berechtigte bleibt im Verhältnis zu allen Menschen berechtigt (Eigentümer, Hypothekar usw.), nur im Verhältnis zu dem Anfechter ist er es nicht mehr, im Verhältnis zu diesem ist es der früher Berechtigte, der Schuldner.

Ist diese Rechtslage nun eine genügende Grundlage für eine Berichtigung? m. a. W.: Ist das Grundbuch unrichtig, steht der Inhalt des Grundbuches mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang (§ 894)? Man wird ein Ja oder Nein hören, je nachdem man sich mit seiner Frage an den Gläubiger oder an sonst jemand wendet. Hier zeigt sich deutlich, wie sehr die Lehre von der relativen Unwirksamkeit vermöge ihrer begriffskonstruktiven Natur fehlgeht. Wenn man einen Gegenstand, der tatsächlich vorhanden ist, als nicht vorhanden betrachtet, so läßt sich dennoch nicht leugnen, daß er in Wirklichkeit trotzdem vorhanden ist. Man muß sich hierbei bewußt sein, daß Beispiele aus der realen Welt nicht beweisen, aber sie veranschaulichen, und man kann nicht einwenden, Rechte seien nur etwas Gedachtes und da könnte man sehr wohl dieses Gedachte relativ nehmen. U. E. schlägt das nicht durch. Denn gerade die dinglichen Rechte, die doch alle an eine Sache als körperliches Substrat geknüpft sind, haben wie die Sache selbst für den Rechtsverkehr auch etwa Reales. Jedenfalls aber heißt es, den Begriff des absoluten Rechts illusorisch machen, wenn man bei ihm auch eine Relativität in der Wirkungsrichtung zugibt.

---

[6]) Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß ja gerade das Voß auch bestreitet und daher eine ganz andere Dinglichkeitslehre aufstellt.

Wir glauben nach alledem, es könne nicht behauptet werden, das Grundbuch sei unrichtig; denn es ist allenfalls für den Gläubiger unrichtig, für alle anderen richtig. Und wenn man eine Berichtigung zuließe, so wäre das Grundbuch doch gewiß nicht richtiger wie es so auch ist. Denn dann wäre es zwar für jenen Gläubiger nicht mehr falsch, aber für alle anderen wäre es falsch. Aus diesen Gründen heraus, müssen wir die relative Unwirksamkeit als nicht genügend bezeichnen, um die Grundlage für eine Berichtigung des Grundbuchs abzugeben.

Das zweite Bedenken hängt innig mit dem ersten zusammen; könnte der Gläubiger Berichtigung verlangen? § 894 BGB. bezeichnet denjenigen als den Träger des Berichtigungsanspruchs, „dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen, oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist". Nichts von alledem trifft für den anfechtenden Gläubiger zu. Er hat überhaupt an dem Grundstück kein wiegeartetes Recht – ein solches Recht ist aber notwendig.[7]) Allenfalls könnte man dem Schuldner — allerdings nur im Verhältnis zum Gläubiger – ein solches Recht zuschreiben. Aber dieser hat keinen Grund zur Berichtigung, könnte sie aber auch nicht verlangen; denn ihm gegenüber könnte der derzeit Eingetragene einwenden, daß er berechtigt sei. Es wird ja auch von der Dinglichkeitslehre betont, daß im Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Erwerber keine Rechtsänderung eintritt. Man mag die Sache betrachten, wie man will, eine Berechtigung der Gläubiger eine Berichtigung zu verlangen, läßt sich nicht finden; denn die billige Behauptung: Ja, das Recht muß man dem Gläubiger einfach geben, ist kein Beweis, sondern bare Willkür, es ist Verzicht auf jede Erklärung. Das hier vorgetragene gilt in gleicher Weise für die Konkursordnung wie für das Anfechtungsgesetz.

Damit ist u. E. die Unmöglichkeit eines Widerspruchs auch für die Dinglichkeitslehre erwiesen.

---

[7]) Vgl. die Komm. zum BGB. zu § 894.

II. Die Eintragung einer Vormerkung.

§ 11.

a. Allgemeines.

Wie schon gesagt, ist eine Vormerkung nur bei der Schuldrechtslehre denkbar. Aber auch da ist sie keineswegs selbstverständlich. Es ist zunächst ganz allgemein die Grundlage der Vormerkung zu bestimmen.

Ihr Zweck wird durch § 883, I, dahin bestimmt, daß sie dient zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts. Hiernach setzt die Vormerkung im Gegensatz zum Widerspruch einen persönlichen Anspruch voraus. Aber nicht jeder Anspruch ist geeignet, sondern nur die ausdrücklich vom Gesetze aufgezählten Ansprüche: Das aber sind solche persönlichen Ansprüche, die in ein dingliches Recht übergehen und grundbuchmäßiger Eintragung fähig werden können.[1]) Natürlich, denn die Vormerkung schafft ja nur ein Provisorium; was jetzt vorgemerkt ist, soll demnächst endgültig eingetragen werden. Die Vormerkung ist eine grundbuchmäßige Ankündigung einer eintretenden Aenderung, diese wird mit Wirkung gegen Dritte in Aussicht gestellt; die Vormerkung bereitet die Eintragung bereits vor.[2])

---

[1]) Vgl. RG. JW. 1903, Bd. 117; 2. FG. I, 27; M. Wolff, Sachenrecht, 117; Biermann, Sachenrecht, 63; Gierke, II, 334 ff.

[2]) Vgl. M. Wolff, Sachenrecht, 134; vgl. auch den Vormerkung und Widerspruch treffend charakterisierenden Satz Reichels, Jher. Jhb. 46, 664: „Der Widerspruch protestiert, die Vormerkung prophezeit"; vgl. auch noch Fuchs, 139 ff.

Danach ist jetzt die Frage: erzeugt die obligatorisch wirkende Gläubigeranfechtung einen Anspruch, der in ein dingliches Recht sich umwandeln kann?[3]) Zu diesem Zwecke muß die oben offen gelassene Frage erörtert werden, wie man sich die obligatorische Wirkung der Anfechtung inhaltlich vorzustellen hat. Das soll im folgenden Paragraphen geschehen.

Aber hier mag noch zunächst festgestellt werden, daß natürlich das Anfechtungsrecht als Gestaltungsrecht, nach der Dinglichkeitslehre und einem Teile der Vertreter der Schuldrechtslehre, denen wir uns oben anschlossen, nicht vorgemerkt werden kann. Denn einmal ist dieses „Recht" nach vielen nicht als Recht anerkannt,[4]) sondern nur als Befugnis, nach anderen handelt es sich zwar um ein wahres subjektives Recht, doch einer ganz besonderen Kategorie, auf das die Regeln über die anderen Rechte nur ganz singulär Anwendung finden.[5]) Wie dem aber auch sein mag: ein Recht, das in ein dingliches übergehen kann, ist es natürlich nie. Es ist als Gestaltungsrecht, wie Seckel, Gestaltungsrechte 26, bezeichnend sagt, ein verbrauchbares Recht, also ein Recht, dessen bestimmungsgemäßer Gebrauch im Verbrauche besteht.

---

[3]) Vgl. auch JW. 1903, Bd. 13, Nr. 255.

[4]) Vgl. Kohler, Lb. d. BR. I, 200 ff.

[5]) Vgl. Enneccerus, I, 163 und 172, 10.

§ 12.

b. Der Anfechtungsanspruch als Rückgewähranspruch.

Der Anfechtungsanspruch bekommt seinen Inhalt durch die Bestimmungen des § 37 KO.: „Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden", und durch § 7 AG.: „Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu denselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde." Die Bedeutung dieser Bestimmungen ist auch unter den Vertretern der Schuldrechtslehre keineswegs unbestritten. Sicher ist nur, daß dem benachteiligten Gläubiger (im Konkurse den Gläubigern) ein obligatorischer Anspruch gegen den Empfänger zusteht auf Rückgewähr. Worin diese Rückgewähr aber zu bestehen habe, ist unklar. Gewiß, das wäre das einfachste, zu sagen: soweit das Empfangene noch beim Empfänger vorhanden ist, muß es zurückgegeben werden; das würde für Eigentum an Grundstücken eine Rückauflassung, für Grundstücksrechte eine Rückübertragung und in beiden Fällen eine Eintragung bedingen. Gemeinhin wird die Rückgewähr denn auch im Konkurse so verstanden.[1]) Das soll die positive, also nicht zu umgehende Bestimmung des § 37 KO.: „Zur Konkursmasse" bedeuten.[2]) Da im Anfechtungsgesetz es an einer gleichen Bestimmung fehlt, so sei dort eine Rückübertragung nicht nötig, sondern es genüge, dem Zwecke des ganzen Instituts entsprechend eine Bereitstellung für den Zugriff des Gläubigers in der Vollstreckung. Von anderen[3]) wird

---

[1]) Kretzschmar, Recht 9, S. 484 ff.

[2]) So z. B. Jäger § 37 KO., Anm. 13, 14 und 23. Ebenso die bei Jäger a. a. O. Mot. 14 zitierten; dazu noch Kleinfeller, Lehrbuch S. 75.

[3]) So Kohler, Ltf. 141, Anm. 3; Rathmer, 16, 31; RG. 56, 143; 60, 423; 67, 22; 67, 39; Frankf. R. 45, 141; K. G. Jahrb. 29 A, 167 ff.; dagegen Staud. 7/8 Aufl. III, S. 149; R. G. 39, 83; 52, 333.

diese Doppellehre verworfen und erklärt, der Anfechtungsanspruch könne bei seiner Wesensgleichheit nicht in beiden Anfechtungsgesetzen verschiedenen Inhalt haben. Unseres Erachtens ist diese letzte Ansicht richtig. Der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen steht dem keineswegs entgegen, der Zweck des Instituts auch nicht, sondern verlangt Gleichheit in der Behandlung.

Was zunächst den Passus „zur Konkursmasse“ betrifft, so ist es formalistisch, wenn man den Nachdruck darauf legt und meint, der Ausdruck bedeute reale Einwerfung in die Masse. Eine Vergleichung der §§ 7 Anf.G. und 37 KO. lehrt augenscheinlich, daß die verschiedene Fassung nur den Zweck hat, das Wesen der Anfechtungswirkung als im Interesse und für die Zwecke der Gläubiger deutlich zu machen. Beide Paragraphen vermeiden peinlich, die Rückgewähr als Rückgewähr an den Schuldner hinzustellen. An sich wäre doch das das Natürlichste; denn dann wäre der status quo ante wieder hergestellt und der Gläubiger könnte außerhalb des Konkurses vollstrecken wie in das sonstige Vermögen, und im Konkurse würde der Konkursverwalter das Zurückgegebene wie alles zur Masse ziehen. Das liegt aber nicht im Sinne des Gesetzes, so denkt es sich die Hilfe nicht, die den Gläubigern werden soll: es soll weiter nichts geschehen, als daß die Zugriffsbereitschaft für die Gläubiger hergestellt wird. Dazu ist nicht nötig, daß der Schuldner selber hineingezogen wird. Es kann aber natürlich auch nicht bestimmt werden, daß an den Gläubiger selbst zurückgegeben werden soll. Um dieses Problem der Vollstreckungserweiterung zu ermöglichen, bestimmt § 7 Anf.G. sehr glücklich: der Gläubiger kann von dem Erwerber Rückgewähr des Empfangenen verlangen, gerade als ob das Empfangene noch zum Schuldnervermögen gehörte. Man darf und kann in diesem „gerade als ob“ keine Fiktion sehen, wie die meisten tun, sondern es ist der klare und unzweifelhafte Ausdruck dafür, daß hier ein Schuldverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Erwerber statuiert wird, nach dem dieser das Erlangte, das unzweifelhaft sein ist, dem Gläubiger gegenüber zurückzugewähren hat, d. h. die Vollstreckung zu ermöglichen hat, als ob die Gegenstände

in Wirklichkeit nicht ihm gehörten, sondern dem Schuldner. Daher auch der Ausdruck „zurückgewähren“: dieser ist einmal umfassender als „zurückgeben“, indem er dieses mit umfaßt — man vergleiche hierzu die Verpflichtung des Vermieters,[4]) dem Mieter den Gebrauch der Sache zu gewähren: wo ein Uebergeben nötig ist, gehört dies dazu, wo nicht, da muß er die Sache nur zum Gebrauche des Mieters bereitstellen. So auch in § 7 Anf.G.: wo eine Vollstreckung ohne Zurückgeben möglich ist, muß zurückgegeben werden, andernfalls genügt Bereitstellung zur Zwangsvollstreckung; denn dieses Bereitstellen ist „Zurückgewähren“. Andererseits aber läßt sich bei dem Ausdrucke „zurückgewähren“ viel eher das Objekt entbehren; nicht so bei „zurückgeben“.

Genau so ist es bezüglich des Zurückgewährens in § 37 KO. Und das „zur Konkursmasse“ ist der schlagende Beweis, daß nur für die Gläubiger, ohne daß der Gemeinschuldner irgend etwas damit zu tun hat, zurückgewährt wird. „Zur“ Konkursmasse braucht man doch gewiß nicht dahin zu verstehen, daß „in“ die Masse zurückgeleistet wird. Das würde allerdings ein Rückübereignen bedingen. Nicht so die Rückgewähr „zur“ Konkursmasse. In die Masse wäre es allerdings nur gelangt, wenn z. B. das Eigentum zurückübertragen würde; zur Masse ist es auch gelangt, wenn der Konkursverwalter über das Erlangte verfügen kann, wie wenn es in der Masse wäre. Zur Masse zurück gewähren bedeutet für uns also nur für die Zwecke der Masse, d. h. der Gläubiger bereitstellen, damit der Konkursverwalter soweit nötig, verwerten kann. Dieses „soweit nötig“ gehört unbedingt auch in den § 37 hinein und es ist in dem Ausdruck „zur Konkursmasse“ enthalten: nur soweit das Erlangte für die Gläubigerbefriedigung nötig ist, kann der Konkursverwalter es zur Masse ziehen, da ja nur für diesen Zweck das ganze Institut vorhanden ist. Daher war neben „zur Konkursmasse“ dieses „insoweit“ nicht erst nötig aufgenommen zu werden.

Danach ist es für uns ganz klar, daß die Rückgewährpflicht

---

4) Vgl Kohler, Ltf. 137 ff.; RG. 56, 145; Oberneck, I, 435, Anm. 14; Kohler, Konkursr. Studien, 360.

in beiden Gesetzen vollkommen gleich zu behandeln ist: nämlich Bereitstellung zur Befriedigung der Gläubiger.

Es mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß die Schuldrechtslehre im Konkurs durch die formalistische Auslegung des „zur Konkursmasse“ ja letzten Endes doch wieder auf die Richtigkeit der Fluchtsalgeschäfte zurückkommt. Und vor allem könnte man dann das Verfahren der Dinglichkeitslehre: dinglicher Rückfall durch die Erklärung der Anfechtung doch unendlich einfacher nennen und auch viel mehr im Interesse der Gläubiger liegend erachten. Es geht über den Zweck des Instituts hinaus, und dieser ist solange unbedingt maßgebend, als das Gesetz nicht entgegensteht. Wir glauben aber oben gezeigt zu haben, daß das nicht der Fall ist. Es könnte gewiß in § 37 KO. genau so heißen, wie in § 7 Anf.G.: die Gläubiger können verlangen, daß das Erlangte als noch zum Vermögen des Schuldners gehörig zurückgewährt wird; dieses Recht übt der Konkursverwalter aus. Genau dasselbe besagt die jetzige Fassung. Ein Unterschied besteht — wie auch eigentlich bei dem völlig gleichen Zweck des Instituts zu erwarten ist — in dem Gedankeninhalt der verschiedenen Fassungen nicht. Und die Zwecke des Konkurses bedingen keineswegs eine unterschiedliche Behandlung. Dem Zwecke des Konkurses ist vollauf genügt, wenn der Konkursverwalter in der Lage ist, das Weggegebene, als ob es zur Masse gehörte, für die Gläubiger zu verwenden. Das kann er bei unserer Ansicht genau so gut, wie wenn er erst genötigt wäre, Rückgewähr, d. h. hier Rückgabe zu verlangen. Darauf weist auch z. B. Rahmer S. 50 f. sehr richtig hin und er betont mit Recht, daß eine Schematisierung der Rückgewähr nicht stattfinden dürfe. Wolle z. B. der Konkursverwalter das Grundstück zwangsversteigern, so habe er von dem Erwerber Duldung der Zwangsvollstreckung zu verlangen[7]), wolle er das Grundstück freihändig verkaufen, so könne er Zustimmung des Erwerbers zur Auflassung an den Neuerwerber begehren.

---

[7]) Zu Unrecht bestreitet man vielfach, daß dies nicht gehe: zur Zwangsvollstreckung sei Rückauflassung des Grundstücks nötig. Vgl. zu dieser Frage Kohler Ltf. 141; Fischer und Schäfer 207 f; Seuffert 221; Jäger KO. 284.

§ 13.

c. Die Eintragung der Vormerkung.

Wie wir gesehen haben, ist Voraussetzung der Vormerkung ein vormerkbarer Anspruch. Ein Anspruch ist bei der Gläubigeranfechtung wohl vorhanden. Aber dieser Anspruch ist im Prinzip nicht vormerkbar, weder im Konkurs, noch nach dem Anfechtungsgesetze. Denn nach beiden Gesetzen erschöpft sich die Rückgewährpflicht grundsätzlich in einer Bereitstellung zur Zwangsvollstreckung. Nur wenn die Zwangsvollstreckung in das anfechtbar Erworbene nicht mehr möglich ist, etwa weil der Anfechtungsgegner schon anderweitig darüber verfügt hat, wandelt sich der Anspruch auf Rückgewähr in einen Anspruch auf Zahlung.

Dieser Fall steht aber hier nicht zur Erörterung, Vormerkung und Widerspruch könnten nur in Betracht kommen, wenn der Anfechtungsgegner noch den Gegenstand im Eigentum hat, und daß eine Bereitstellung noch möglich ist. Diese Bereitstellung ist aber inhaltlich meist eine Pflicht, die Vollstreckung zu dulden. Eine solche Pflicht hat aber mit einem dinglichen eintragungsfähigen Recht nichts zu tun. Dies ist nach unserer Darstellung im Konkurs und außerhalb des Konkurses so.[1]) Das bleibt auch immer noch so, wenn man annimmt, daß im Konkurse es wohl möglich sei, daß die Rückgewähr unter Umständen auch die Rückübertragung zum Inhalt haben könne. Denn dann ist zwar der Rückübertragungsanspruch an sich vormerkbar, aber der Anfechtungsanspruch als solcher nicht; denn dieser spezialisiert die Rückgewähr nicht. Es würde daher an der Bestimmtheit des Anspruchs fehlen, wie sie für § 883 BGB. unbedingt nötig ist. Das besagen auch die Ausführungen Volcks, 343.[2])

An eine Vormerkung des Anfechtungsanspruchs kann somit auch nach der Schuldrechtslehre nur dann gedacht werden, wenn man für den Konkurs dem Inhalt der Rückgewähr nur

[1]) Vgl. auch noch hierzu richtig Endemann II, 1, 410, Anm. 31.

[2]) Dessen Ansicht freilich vom OLG. Köln (ROLG. 49, 422) ohne Gründe für unrichtig erklärt wird.

die Bedeutung der Rückübertragung gibt. Denn dann ist ein bestimmter, unter § 883 fallender Anspruch vorhanden.

In diesem Falle bliebe nur noch die Frage zu behandeln, ob dann der Konkursverwalter die Vormerkung verlangen könnte. Es ist allerdings im BGB. bei § 883 nichts darüber gesagt, ob eine Vormerkung möglich ist zugunsten eines Dritten oder besser, ob auch Vormerkung möglich ist, wenn das Subjekt des obligatorischen Anspruchs ein anderes ist, als dasjenige des zukünftigen dinglichen Rechts. Das wird zwar allgemein ohne weiteres — und, wie zu betonen ist, ohne Begründung — angenommen.

Der Anspruch auf Rückgewähr steht den Gläubigern zu; daß diesen der Konkursverwalter zu verfolgen hat, ist klar. Aber das Eigentum z. B. müßte auf den Gemeinschuldner übertragen werden.[3]) Gewiß, es steht nicht in § 883: „Wer einen so und so bestimmten Anspruch hat, kann eine Vormerkung begehren", sondern „zur Sicherung eines Anspruchs . . . . kann eine Vormerkung . . . . . eingetragen werden". Aus der gewählten Fassung allein darf man u. E. keine Schlüsse ziehen. Denn im § 883 sollte nur Wesen und Zweck der Vormerkung normiert werden. Daß es möglich sei, daß das Subjekt des obligatorischen Anspruchs und des späteren dinglichen Rechts auseinanderfallen könnten, hatte man gar nicht bedacht. Nun liegt allerdings der Gedanke sehr nahe: wenn das Gesetz jenen Fall nicht ins Auge gefaßt hat, seine Fassung aber derart ist, daß man den Fall unter die Norm bringen kann, ist ja alles gut. Dann gilt eben § 883 BGB. auch für diesen Fall; denn nicht darauf kommt es an, ob das Gesetz einen Fall wirklich regeln wollte, sondern darauf, ob sich ein Fall unter die Normen des Gesetzes bringen läßt. Dem stehen aber noch Bedenken entgegen. Die Norm ist unzweifelhaft da zum Schutze des obligatorischen Anspruchs, das kann aber doch nur heißen, da der Anspruch ohne sein Subjekt nicht gedacht werden kann, zum Schutze eines Rechtssubjektes in Beziehung auf einen ihm zustehenden Anspruch. Daher kann der obige Gedanke

[3]) Vgl. darüber Jäger § 37 KO., Anm. 14.

nur dann richtig sein, wenn durch die Eintragung einer Vormerkung auch in diesem Falle das Subjekt des obligatorischen Anspruchs geschützt wird. Das ist aber in der Tat der Fall; denn wenn durch die Eintragung der Vormerkung eine Sicherung dahin erzielt wird — und das geschieht —, daß dem Subjekt des dinglichen Rechts dieses sein Recht gewahrt wird, so ist damit auch der Inhaber des obligatorischen Rechts geschützt. In unserem Falle also die Konkursgläubiger. Daher ist allerdings für diesen Fall und nur für diesen Fall die Möglichkeit einer Vormerkung zuzugeben.[4])

Schließlich mag noch erwähnt sein, daß natürlich der aus dem vollstreckbaren Urteil nach § 866 ZPO. sich ergebende Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek nicht vorgemerkt werden kann. Denn es handelt sich da nicht um einen obligatorischen, sondern einen publizistischen Anspruch; der Anspruchsgegner ist nicht der Schuldner, was für die Vormerkung unbedingt nötig ist. Diese Vormerkung wäre ja auch nur mittelbar eine Vormerkung auf Grund der Gläubigeranfechtung.[5])

[4]) Vgl. auch Fromherz, 875 ff.; Güthe, II, 561 mit Lit.; RG., Komm. zu § 883 mit Lit.; Bendix; Gruchot 49, 293; es ist dies herrschende Lehre.

[5]) So die h. M. vgl. Centr. Bl. 2, S. 66/67; anders Centr. Bl. 2, S. 679.

§ 14.

d. Schluß.

Wir sind am Ende unserer Untersuchung angelangt. Das Ergebnis ist vollkommen negativ. Weder ein Widerspruch noch (in der Regel wenigstens) eine Vormerkung ist auf Grund der Gläubigeranfechtung möglich.

Weil wir die Dinglichkeitslehre ablehnen mußten, fiel die Möglichkeit des Widerspruchs unbedingt fort. Aber wir bewiesen, daß auch bei Anerkennung der Dinglichkeitslehre ein Widerspruch unmöglich sei.

Die Schuldrechtslehre, die zwar einen obligatorischen Anspruch unterstellt, ist keine genügende Grundlage für eine Vormerkung.

Sie ist es nicht im Konkurs, nicht außerhalb des Konkurses, weil der Rückgewähranspruch unbedingt in beiden Fällen gleichen Inhalt hat, nämlich Bereitstellung der Objekte zur Vollstreckung. Das aber ist zum Teil kein genügend bestimmter, zum Teil kein den Erfordernissen des § 884 entsprechender obligatorischer Anspruch.

Nur in einem Falle ist eine Vormerkung denkbar: Wenn man — was wir für falsch halten — die Rückgewähr im Konkurse ausschließlich darauf gerichtet erklärt, daß der Erwerber an den Gemeinschuldner zurückleisten muß.

Das Ergebnis erscheint für die Gläubiger nicht sehr befriedigend, denn die regelmäßigen Schutzmittel des Grundbuchverkehrs finden auf sie keine Anwendung. Aber es scheint nur ungünstig. Sie können sich zwar allerdings nicht durch Vormerkung oder Widerspruch schützen, aber andere Mittel bleiben; nämlich die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt eines Veräußerungsverbots; dies ist möglich und gewährt den gleichen Schutz. Das auszuführen, ist aber nicht mehr unsere Aufgabe.